

CÍCERO GERMANO DA COSTA

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC
SÃO PAULO - 2005**

CÍCERO GERMANO DA COSTA

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

SÃO PAULO
2005

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

**À minha querida esposa Elizabeth e aos nossos filhos Fábio
e Fernando, a razão de minha eterna luta.**

AGRADECIMENTOS

**À Professora Doutora Maria Garcia, pelos ensinamentos,
exemplo de vida e de dedicação aos seus orientandos.**

R E S U M O

O tema deste trabalho é o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, no Processo Administrativo Disciplinar e a Segurança Jurídica. O intuito do presente estudo é verificar se os mencionados princípios constitucionais são observados pela Administração Pública na condução do processo administrativo disciplinar, consoante preceitua o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. O trabalho consta de cinco capítulos. No primeiro, trata-se dos Princípios Constitucionais: conceito de Constituição e sua abrangência, conceito de princípios, tipos e função dos princípios. No segundo, do Devido Processo Legal: esboço histórico, o devido processo legal no Brasil, conceito, os sentidos que abarcam o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. No terceiro, da Administração Pública: conceito e princípios constitucionais. No quarto, do Processo Administrativo: considerações gerais, conceito, princípios e tipos; Processo administrativo disciplinar: considerações gerais, conceito, princípios e fases. E, finalmente, no quinto, da Segurança Jurídica: considerações gerais, conceito, segurança jurídica e certeza do direito, segurança jurídica e processo administrativo disciplinar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	03
1.1. A Constituição: conceito e abrangência.....	03
1.2. Conceito de Princípios Constitucionais.....	11
1.3. Tipos de Princípios.....	16
1.4. Função dos Princípios.....	17
2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	20
2.1. O Devido Processo Legal no Brasil.....	28
2.2. Conceito de Devido Processo Legal.....	35
2.3. Sentidos que Abarca o Devido Processo Legal.....	38
2.4. Do Contraditório e da Ampla Defesa.....	43
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO.....	64
3.1. Conceito de Administração Pública.....	64
3.2. Princípios Constitucionais da Administração Pública.....	71
3.2.1. Legalidade.....	72
3.2.2. Impessoalidade.....	74
3.2.3. Moralidade.....	75
3.2.4. Publicidade	77
3.2.5. Eficiência.....	80

4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	87
4.1. Considerações Gerais.....	87
4.2. Conceito de Processo Administrativo.....	104
4.3. Princípios do Processo Administrativo.....	108
4.4. Tipos de Processos Administrativos.....	109
4.5. O Processo Administrativo Disciplinar.....	112
4.5.1. Conceito de processo administrativo disciplinar.....	117
4.5.2. Princípios do processo administrativo disciplinar.....	118
4.5.3. As fases do processo administrativo disciplinar.....	120
4.5.4. A instrução e o contraditório.....	121
4.5.5. A Defesa e o contraditório.....	123
4.5.6. Relatório e contraditório.....	126
4.5.7. Da ampla defesa na instrução, na defesa e no relatório.....	128
 5. A SEGURANÇA JURÍDICA.....	 131
5.1. Conceito de Segurança Jurídica.....	134
5.2. Segurança Jurídica e Certeza do Direito.....	137
5.3. Segurança Jurídica e Processo Administrativo Disciplinar.....	138
 CONCLUSÕES.....	 143
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 147

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, traz de forma expressa o princípio do devido processo legal, ao dispor, em seu art. 5º, inciso LIV, que: “(...) *ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal.*” Ademais, estende ao processo administrativo o princípio da ampla defesa, ao estabelecer em seu art. 5º, inciso LV, que: “(...) *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

De outra parte, em seu Preâmbulo, ao indicar a opção política do Estado brasileiro, ao estabelecer em seu art. 5º, o rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais, implicitamente, trata do princípio da segurança jurídica.

Inovou, outrossim, ao erigir, a nível constitucional, em seu art. 37, os princípios norteadores da Administração Pública: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,*

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”.

Nesse sentido, a Administração Pública deve pautar sua atuação dentro dos princípios constitucionais supraditos e, em especial, no princípio da legalidade, o que lhe impõe, na relação jurídica administrativa com os administrados e com seus servidores, a fiel observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

A presente Dissertação tem por finalidade verificar se os mencionados princípios constitucionais são observados pela Administração Pública, na condução do processo administrativo disciplinar, consoante preceitua o inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1. A Constituição: conceito e abrangência

A definição de *Constituição* dependerá do sentido em que a *palavra* for tomada. São utilizados os seguintes sentidos: material, substancial e formal ¹, e sociológico, político e jurídico ². Por outro lado, não há um consenso entre os doutrinadores acerca de uma acepção única a ser adotada para a conceituação de Constituição.

Nessa conformidade, Celso Ribeiro Bastos ensina que ³ :

“Tentar oferecer um conceito de Constituição não é das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão de este termo ser equívoco, é dizer prestar-se a mais de um sentido. Isto significa dizer que há diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloque o sujeito, o objeto ganha outra dimensão.”

.....
“Exatamente assim ocorre com a Constituição. Não se pode dar um conceito único, pois ele varia conforme a ótica a partir da qual se vai visualizá-la.”
.....

¹ Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, p. 59/63.

² José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 38-39.

³ Curso de Direito Constitucional, p. 57 e 59/63.

Konrad Hesse, afirma que:

“(...)esta questão não pode ser resolvida recorrendo-se a um conceito de Constituição de aceitação geral ou, pelo menos, majoritariamente admitido. A teoria atual do Direito Constitucional, por mais que nela se encontrem amplas coincidências, não chegou a declarar o conceito e a qualidade da Constituição até o ponto de alcançar um consenso suficientemente amplo para poder ser tido por uma ‘opinião dominante’. A compreensão em cada caso subjacente do que é o Estado e as Constituições atuais é, com frequência, algo dado de antemão ou pressuposto e não algo explicitamente fundamentado.”

Além disso, conclui o citado autor: “Portanto, não é de se estranhar que o vocábulo ‘constituição’ venha acompanhado dos mais diferentes qualificativos: formal, material, substancial, instrumental, ideal etc.”

Finalmente, adota, para definição de Constituição, os sentidos: material, substancial e formal.

Portanto, a Constituição, para Celso Ribeiro Bastos⁴, tem as seguintes definições:

⁴ Curso de Direito Constitucional, p. 59/64.

(a) No sentido material: “é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc., que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda por meio de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito”.

(b) No sentido substancial: “A Constituição nesta acepção procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem as competências dos seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar o mínimo de garantias individuais. Em suma, ela é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, o assunto tratado por suas disposições normativas”.

(c) No sentido formal: “Constituição, neste sentido, seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem um processo formativo mais árduo e mais solene.”

De outra parte, José Afonso da Silva ⁵ apresenta a seguinte definição:

“A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 37-38.

Ao depois, discorrendo sobre os sentidos em que pode ser concebida a Constituição, assevera que ⁶ :

“Ferdinand Lassalle as entende no sentido sociológico. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma 'folha de papel'. Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre a constituição e leis constitucionais; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental. Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, vê-as apenas no sentido jurídico; constituição é, então, considerada norma pura , puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo; de acordo com o primeiro, constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.”

⁶ Ibid., p. 38-39.

Por seu turno, Alexandre de Moraes ⁷ afirma que:

“Constituição, ‘lato sensu’, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas, organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.”

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior ⁸ definem Constituição:

“(…) como a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.”

Para Marcelo Caetano ⁹ :

“(…) a Constituição de um Estado é o conjunto de normas fundamentais que regulam a atribuição e o exercício do Poder político, definindo a competência dos seus órgãos, as funções específicas destes e os direitos dos indivíduos e das sociedades primárias com força obrigatória para todos os poderes constituídos e vinculativa de seus atos.”

⁷ Direito Constitucional, p. 36.

⁸ Curso de Direito Constitucional, p. 3.

⁹ Direito Constitucional, p. 397.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹⁰, ao tratar das fontes do direito, apresenta o seguinte conceito de Constituição:

“Entendemos usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar)”.

De todo o exposto, no que tange à conceituação de Constituição, o

*“Brasil adotou o **sentido formal**, ou seja, só é constitucional o que estiver inserido na Carta Maior, seja em razão do trabalho do Poder Constituinte originário, seja pela introdução de novos elementos através de emendas, desde que observadas as regras colocadas pelo Originário¹¹...”*

No tocante à abrangência da Constituição Federal de 1988, os Constituintes optaram pela edição de um texto analítico no qual trataram dos direitos e garantias fundamentais, da organização do Estado, da organização dos poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da ordem econômica e financeira, da ordem social, das disposições constitucionais gerais e, finalmente, dos atos das disposições constitucionais transitórias.

¹⁰ Introdução ao Estudo do Direito, p. 225.

¹¹ Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquematizado, p. 39.

Em razão dessa opção, a Constituição Cidadã tem sofrido muitas críticas por parte daqueles que entendem ser ela muito prolixa, notadamente por erigir, a nível constitucional, matérias que poderiam ser tratadas por meio da legislação infraconstitucional. Tais críticas, entretanto, não se justificam.

Com efeito, a promulgação da Constituição Federal de 1988 deu-se dentro de um contexto histórico, marcado pela passagem de um regime autoritário para um regime democrático. Justifica-se, pois, a opção dos Constituintes em deixar delimitados os poderes e os deveres do Estado brasileiro, impondo-lhe os limites a serem observados, no que tange à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Dentre o rol de garantias asseguradas aos cidadãos, há que se destacar o princípio do devido processo legal, inserido no art. 5º, inciso, LIV, que tem como corolários diretos: o direito ao contraditório e à ampla defesa, *in verbis*:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Posto isso, antes de adentrar-se no estudo dos princípios constitucionais, torna-se importante a definição de princípios jurídicos.

A melhor conceituação de princípio jurídico pertence a Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem *princípio* é:

*“(...) por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”*¹².

No mesmo sentido, é a definição de Roque Antonio Carrazza:

*“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”*¹³.

Segundo José Afonso da Silva¹⁴, a palavra princípio é equívoca:

“Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”.

¹² Elementos de Direito Administrativo, p. 230.

¹³ Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 25-26.

¹⁴ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 92.

Mas, como disseram os mesmos autores,

“Os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

Pode-se, então, definir princípios jurídicos como sendo as vigas mestras ou os baldrames de um ordenamento jurídico que, em face da sua alta abstratividade e por veicularem valores, permeiam todo o sistema jurídico.

Estabelecida, ainda que de forma perfunctória, a noção de princípios jurídicos, cuidar-se-á do tratamento que o mesmo recebeu no Direito Constitucional.

1.2. Conceito de Princípios Constitucionais

Ruy Samuel Espíndola ¹⁵, ao tratar da Teoria dos princípios como *coração* das constituições contemporâneas, assevera que :

“(...) é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor, latitude e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positavações normativas de realidades jurígenas mais vastas e complexas, reflexos da estatuição jurídica do político.

¹⁵ Conceito de Princípios Constitucionais, p. 76-77.

Agora, ela se ocupa da tarefa de demarcar os limites de eficácia das normas constitucionais principais. Agora, dela se exige iluminação teórica sobre grandes reflexões dogmáticas encetadas a respeito da concretização normativa das constituições, no que tange aos seus núcleos principais e, mesmo, aos regrísticos”.

Ademais, ao tratar da natureza e características dos princípios constitucionais, aduz o precitado autor:

*“Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, de lei, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito. Os discursos desfilados não negaram essa assertiva; ao contrário, tornaram-na despicienda. Despicienda se, positivisticamente, esse texto se ativer ao discurso meramente normativo para identificarmos a natureza dos princípios constitucionais. Assim, por sua própria essência, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e Sociedade. Desta forma, esses princípios, então, não expressam somente uma natureza jurídica, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam uma natureza política, ideológica e social, normativamente predominante, cuja eficácia no plano da práxis jurídica – entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível – alcança, muito além dos procedimentos estatais (judicialistas, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os movimentos populares, sindicatos e partidos políticos etc.”*¹⁶

¹⁶ Ibid., p. 80.

A manifestação acima deixa clara a opção feita pelo autor no sentido de considerar o princípio como *norma jurídica*. E, segundo aduz, em outra passagem de sua obra: “...O primeiro a afirmar a normatividade dos princípios foi Crisafulli, que, em sólida conceituação, datada de 1952, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios”¹⁷.

Sobre os princípios constituírem ou não normas jurídicas merecem ser reproduzidos os ensinamentos do saudoso mestre Celso Ribeiro Bastos:

*“As normas não exercem função idêntica dentro do Texto Constitucional, como muitos poderiam erroneamente imaginar. Há normas constitucionais que mais se aproximam às do direito comum, isto é, àquelas normas que têm elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjetivo. Já há outras normas que não apresentam este aspecto funcional, em razão do seu alto nível de abstração e de indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas. É possível, pois, vislumbrar-se duas categorias principais: a primeira denominada regra e a segunda, princípio”*¹⁸.

Além do mais, depois de apresentar os critérios que são utilizados pelos autores para distinção das duas espécies normativas, quais

¹⁷ “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contêm”.

Ibidem, p. 61.

¹⁸ Curso de Direito Constitucional, p. 74-75.

sejam, os princípios e as normas (grau de abstração; a aplicabilidade; e estrutura lógica e intencionalidade normativa) conclui o citado mestre: ¹⁹

“Fica claro, pois, que nada obstante as singularidades que cercam os princípios das regras, aqueles não se colocam, na verdade, além, ou acima destas. Justamente com as regras, fazem os princípios parte do ordenamento jurídico. O que nos leva a concluir que todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, as principiológicas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, perdem densidade semântica, ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos.

É deste entrelaçamento que o todo constitucional sai fortalecido”.

Finalmente, Celso Ribeiro Bastos conceitua os princípios constitucionais como sendo as vigas mestras do texto constitucional.²⁰

De outra parte, Antonio de Sampaio Doria²¹, ao discorrer sobre os princípios constitucionais da União, afirma:

¹⁹ Ibid., p. 75-76.

²⁰ “(...) Os princípios são, pois, as vigas mestras do texto constitucional, e que vão ganhando concretização, não só a partir de outras regras da Constituição (como é o caso do princípio federativo), mas também de uma legislação ordinária, que deverá guardar consonância com o princípio. O princípio da cidadania, por exemplo, restou concretizado pela Lei n.9.265, de 12.02.1996, que estabelece a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.”(Curso de Direito Constitucional, p. 80).

²¹ Princípios Constitucionais, p. 17-18.

“De modo que, genericamente, princípios se entendem por normas geraes fundamentaes que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são as bases organicas do Estado, aquellas generalidades do direito publico, que como naus da civilização, devem sobrenadar as tempestades políticas, e as paixões dos homens. Os princípios constitucionaes da União brasileira são aquelles canones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes.”

Nesse contesto, os princípios constitucionais permeiam todo o texto da Constituição e costumam vir, via de regra, de forma expressa ²². Na Constituição brasileira, vêm inseridos, por exemplo, no art. 1º: soberania, cidadania, dignidade da pessoal humana, livre iniciativa e pluralismo político ²³.

²² Para Celso Ribeiro Bastos (...) não há proibição de extraírem-se também princípios implícitos na própria Constituição (o princípio relativo ao processo da própria emenda ou revisão constitucional). op. cit. p. 83.

²³ Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político”.

1.3. Tipos de Princípios

Tomando-se por norte a classificação de J. J. Gomes Canotilho, podem ser citados os seguintes princípios constitucionais:²⁴

1. Princípios jurídicos fundamentais: *historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que se encontram na recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. São exemplos: o princípio da publicidade dos actos jurídicos; o princípio de acesso ao direito e aos tribunais.*

2. Princípios políticos constitucional conformadores: *explicitam as valorações fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. São exemplos: os princípios definidores da forma de Estado; os princípios definidores da estrutura do Estado; os princípios estruturantes do regime político; e os princípios caracterizadores da forma de governo.*

3. Princípios constitucionais impositivos: *subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. São exemplos: o princípio da independência nacional e o princípio da correção das desigualdades na distribuição de riqueza e de rendimentos.*

²⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1038/1041.

4. Princípios – garantia: traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos. São exemplos: o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios *de non bis in idem* e *in dubio pro reo*.

1.4. Função dos Princípios

No dizer de Celso Ribeiro Bastos,

*“(...) costuma-se emprestar relevantíssimas funções aos princípios. Há, contudo, uma que se sobreleva às demais: a de funcionar como critério de interpretação das demais normas não-principiológicas. Disto resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade. A letra da lei é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.”*²⁵

No mesmo sentido é o entendimento de Jorge Miranda²⁶ :

“(...) A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente.

²⁵ Curso de Direito Constitucional, p. 79-80

²⁶ Teoria do Estado e da Constituição, p. 434.

Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional, aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através de prescrição de princípios.

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adoção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproxime da idéia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática).”

É também o entendimento de Roque Antonio Carrazza²⁷ :

“(...) os princípios exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais. A aplicação destes mandamentos deve dar-se de modo consentâneo com as diretrizes fixadas nos princípios.

Em suma, os princípios são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: indicam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas”.

²⁷ Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 38-39.

De outra parte, Sacha Calmon Navarro Coêlho²⁸ observa que:

“(...) O que caracteriza os princípios é que não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão. Tampouco exigem condições para que se apliquem. Antes, enunciam uma razão para a interpretação dos casos. Servem, outrossim, como uma pauta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo.”

Do exposto, pode-se concluir que os princípios constitucionais como espécies de normas jurídicas, ao lado das regras, das quais se distinguem pelo “grau de abstração, grau de determinabilidade, por sua fundamentalidade e pela proximidade da idéia de direito”²⁹, exercem um papel relevantíssimo de orientação aos operadores do direito na interpretação da norma, assegurando, com isso, a coerência do sistema jurídico.

Por outro lado, os princípios constitucionais têm o papel de explicitar os valores fundamentais do legislador constituinte, bem como de estabelecer garantias para os cidadãos, como as previstas na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”, e no inciso XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²⁸ Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária, p.75.

²⁹ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1034.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Remonta à Antigüidade a preocupação dos cidadãos em buscarem mecanismos de defesa contra a atuação do Estado quando em desconformidade com os mandamentos constitucionais. É consabido que o Estado brasileiro, fruto do Poder Constituinte Originário, tem no povo sua titularidade e exercício.³⁰ Deve agir, portanto, como seu legítimo porta-voz, respeitando e fazendo respeitar os direitos de seus representados.

Nesse passo, como forma de limitar o poder do Estado, nossa Constituição Federal cuida, em seu Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, e no art. 5º, de seu Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, *in verbis*:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, Garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...”

³⁰ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Art. 1º, Parágrafo único, da Constituição Federal).

Como é cediço, o rol de direitos mencionados no art. 5º não é exaustivo. Outros direitos fundamentais há, consoante dispõe o §2º do mencionado artigo:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Sobre Direitos Fundamentais, torna-se indispensável a reprodução dos ensinamentos de Maria Garcia ³¹, exposto no artigo – **“MAS, QUAIS SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?”**:

“O art. 5º da Constituição especifica cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos seqüenciais, do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição – dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, em especial, o ser humano.”

Ademais que:

*“Tais direitos fundamentais básicos assim o são, e devem ser, pelos fundamentos do Estado brasileiro, mediante um pacto fundacional firmado a partir de um enfoque do Direito Ocidental, conforme Jorge Miranda, compondo a família constitucional ocidental – portanto, por uma exigência de necessidade”.*³²

³¹ Artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 39, IBDC, Ano 10, abril-junho de 2002, p. 122.

³² Ibid., mesma página.

De outra parte, numa visão muito clara do assunto tratado, questiona e responde:³³

“Dentre todos os demais direitos e garantias consagrados pela Constituição – e, ainda, os direitos não expressos mas previstos pela abrangência do §2º do art. 5º, quais deles seriam também direitos fundamentais?”

Todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, caput. Os demais compõem apenas o quadro dos direitos constitucionais.”

Por outro lado, a Declaração dos Direitos Fundamentais pela Constituição Federal vem acompanhada, também, das Garantias assecuratórias, evitando, assim, que os mesmos constituam apenas uma declaração formal de direitos. Tais garantias estão inseridas no próprio art. 5º, como, exemplificativamente, as constantes dos incisos LIV e LV, *in verbis*:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Destarte, no exercício de suas atribuições máxime às administrativas, assim entendidas as realizadas pelo seu aparelhamento estatal, O Estado deve pautar sua atuação aos princípios constitucionais e às leis.

³³ Ibidem, mesma página.

Nesse rumo, as relações Estado-Administrados devem ser norteadas pelo respeito mútuo, e pelo acatamento às normas jurídicas. Como consequência, eventuais demandas decorrentes da prestação de serviços públicos; ou decorrentes da atuação de seu poder-dever disciplinar, devem ser objeto de processos administrativos bem instruídos e principalmente que observem o devido processo legal e seus consectários diretos: o contraditório e a ampla defesa.

O berço do princípio do devido processo legal é a Inglaterra. Tem sua raiz histórica relacionada à Magna Carta *Libertatum* de 1.215, outorgada por João Sem Terra, Rei da Inglaterra que, debilitado politicamente, em face das derrotas sofridas em guerra de conquistas, não teve como resistir às pressões dos nobres que se insurgiam, com o que denominavam de abusos da Coroa Inglesa. A concessão em verdade representou uma limitação aos poderes monárquicos, garantindo aos senhores feudais um extenso rol de direitos, dentre os quais os de serem julgados pelas leis da terra, vale dizer, pelas leis dos próprios feudos.

Tal cláusula, entretanto, não tinha o condão de limitar os poderes do Parlamento Inglês, que representava a sede das liberdades, mormente pela adoção do sufrágio universal.

Por outro lado, o princípio do devido processo legal, à época, não tinha a conotação que se lhe dá hoje. Representava apenas uma espécie de garantia de defesa dos nobres contra os abusos da coroa inglesa.

A Magna Carta tinha como finalidade assegurar os direitos dos nobres frente ao arbítrio do monarca. Por outro lado, como preleciona Nelson Nery Junior³⁴:

“Embora a ‘Magna Charta’ fosse instrumento de acentuada deliberação do reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional.”

A cláusula do devido processo legal vem inserida expressamente no art. 39, da Magna Carta de 1.215, *in verbis*:

*“Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”*³⁵

³⁴ Princípios do Processo Civil na Constituição, p. 61-62.

³⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de Direito Constitucional, p. 245

Além disso, quanto à origem do devido processo legal, segundo Adhemar Ferreira Maciel, é mais antiga do que as próprias instituições inglesas ³⁶:

“(...) Remonta a mais de cinco séculos antes da era cristã: em Antígona de Sófocles, peça (...) presumidamente (do) ano de 441 a.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos (...) Édipo (...) quando descobriu que seus quatro filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vazou seus olhos e passou a vagar pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos (...) irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político em Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polinices, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não-escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem.”

De tradição do Direito inglês, passou às colônias da América do Norte, onde recebeu uma nova dimensão. O devido processo legal, inicialmente, não constava da Constituição Americana de 1787 – que em seu bojo tratava apenas da organização do Poder, instituindo originariamente o regime federativo e o sistema presidencialista. O mesmo foi introduzido na Magna

³⁶ Apud Danielle Anne Pamplona, Devido Processo Legal, Aspecto Material, p. 35.

Carta por meio da Emenda nº 5 , sendo ratificada pela Emenda nº 14, conforme se demonstra adiante.

Todavia, a necessidade de proteção dos cidadãos norte-americanos contra os excessos do Governo Central, como dos Estados-membros, não passou despercebida por algumas constituições estaduais.

Destarte, segundo Couture ³⁷,

“Antes mesmo da Constituição Federal americana de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do ‘due process of law’, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, repetindo a regra da ‘Magna Charta’ e da Lei de Eduardo III”.

Não obstante isso, a expressão *due process of law* somente foi inserida na Constituição americana de 1791, pela Quinta Emenda Constitucional, *in verbis*: ³⁸

“Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou por outro crime infamante, a não ser perante denúncia ou acusação de um grande júri, exceto tratando-se de casos que, em tempo de guerra ou perigo público, ocorram nas forças navais ou terrestre, ou na Guarda Nacional, durante o serviço ativo; nem ninguém poderá ser, pelo mesmo crime, duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde, nem ser obrigado a servir de testemunha contra si próprio em qualquer processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem um devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.”

³⁷ Apud Nelson Nery Junior, In: Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 62.

³⁸ Anselmo Prieto Álvares e Wladimir Novaes Filho, A Constituição dos EUA Anotada, p.71.

Ulteriormente, a Décima Quarta Emenda veio a estender tal exigência aos Estados Federados, *in verbis*:

*“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estados onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.*³⁹

Como se verifica, no Direito Constitucional Norte-Americano, inicialmente o *due process of law* ganhou projeção processual e, posteriormente, passou a abarcar os significados processual e material.

Por derradeiro, merece ser consignado que o devido processo legal também constou da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seus arts. VIII, XI e XI, *in verbis*:

“Art.VIII – Toda pessoa tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Art. IX – Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

³⁹ Ibid., p. 81.

Art. XI – Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

Finalmente, as determinações da Declaração Universal dos Direitos do Homem, apesar de provenientes de uma Resolução cuja eficácia depende de sua adoção pelos Estados, são projeções do devido processo legal.

2.1. O Devido Processo Legal no Brasil

No Brasil, o princípio do devido processo legal, anteriormente à Constituição de 1988, não chegou a constar expressamente, notadamente pelo regime político da época, marcado primeiramente pela Monarquia, que permaneceu intangível por todo o século XIX, sobrevivendo somente no final deste, a República. Não obstante isso, é possível extrair-se das Cartas Políticas anteriores, alguns direitos relacionados ao aspecto processual desse princípio.

Tais direitos vinham dispostos nas Constituições Federais, da seguinte forma:

Constituição de 1824: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescrita.”.

Constituição de 1891: “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paíz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:§ 16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.”

Constituição de 1934: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 24) A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta”.

Constituição de 1937: “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 11) À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela

regulada: a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.”

Constituição de 1946: “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 25) É assegurado aos acusados plena defesa, com os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”

Constituição de 1967: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: §12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.”

Deve ser consignado que os mencionados direitos que implicitamente representavam a garantia ao devido processo legal, conquanto previstos no Texto Constitucional, foram mitigados e até mesmo ignorados por força dos Atos Institucionais editados nos períodos de exceção que marcaram o Estado brasileiro, após 1964:

“Ato Institucional nº 1 de 9 de Abril de 1964: “Art. 7º Ficam suspensas, por seis(6) meses , as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. Art. 10. No interesse da paz

e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes em Chefe, que editam o Presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez(10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluía a apreciação judicial desses atos.”

“Ato Institucional nº 2 de 27 de Outubro de 1965: “Art. 14. *Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.* Art. 15. *No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.”*

“Ato Institucional nº 5 de 13 de Dezembro de 1968: “Art. 4º *No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.* Art. 5º *A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em :* §1º *O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.* §2º *As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.* Art. 6º *Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.* §1º *O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e*

demitir, transferir para reserva ou reformar militares ou membros das policiais militares, assegurados, quando fôr o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. Art. 10. Fica suspensa a garantia de ‘habeas corpus’ , nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

Ultrapassado o período de exceção, coube à Magna Carta de 1988 a introdução expressa, no ordenamento jurídico pátrio, do princípio do devido processo legal, nos termos seguintes:

“Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

De outra parte, o princípio do devido processo legal tem como corolários diretos, dentre outros, o direito do contraditório e da ampla defesa, inseridos no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal:

“(…) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por outro lado, não resta mais dúvida sobre a aplicação do princípio do devido processo legal, nos processos administrativos em sentido amplo, e especificamente no administrativo disciplinar, que é objeto deste estudo.

No âmbito infraconstitucional, o princípio do devido processo legal vem disciplinado nas leis que regulam o Processo Administrativo nas Administrações Públicas Federal e Estadual, Paulista:

Lei Federal nº 9.874, de 29 de Janeiro de 1999:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros , aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....
X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

Lei Estadual Paulista nº 10.177/98:

“Art. 22 — Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

§1.º — Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer.

§2.º — Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. ”

Demais disso, a Lei 8.112, de 11 de Dezembro de 1990 – sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ao dispor sobre a perda do cargo público e do processo administrativo disciplinar, assegura o direito ao devido processo legal, *in verbis*:

“Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.”

“Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

“Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo legal passou a constar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. Conceito de Devido Processo Legal

A expressão devido processo legal é muito abrangente e de difícil conceituação. Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar o tema, a seguir será trazido à colação, o entendimento de alguns doutrinadores sobre o mencionado princípio.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁴⁰, ao comentarem o inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal, aduzem que:

“O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito.

Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei.

O princípio se caracteriza pela excessiva abrangência e quase se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.”

⁴⁰ Comentários à Constituição do Brasil, p.261.

Sobre o devido processo legal, Pinto Ferreira⁴¹ afirma:

“O devido processo legal significa o direito a regular curso de administração da justiça pelos juízes e tribunais. A cláusula constitucional do devido processo legal abrange de forma compreensiva: a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; b) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; c) o direito ao procedimento contraditório; d) o direito de não ser processado por leis ‘ex post factos’; e) o direito de igualdade com a acusação; f) o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida; g) o direito ao juiz natural; h) o privilégio contra a auto-incriminação; i) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; j) o direito aos recursos; l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada.”

Para Alexandre de Moraes⁴²:

“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”

⁴¹ Comentários à Constituição Brasileira, p. 175-176.

⁴² Direitos Humanos Fundamentais, p. 255-256.

Nagib Slaibi Filho ⁴³, sobre a importância do devido processo legal, observa que o mesmo:

“Assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo. A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do ‘due process of law’: qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o devido processo de lei.”

Por seu turno, **Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco** ⁴⁴, ao discorrerem sobre as garantias do devido processo legal, ensinam que:

“Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.”

⁴³ Direito Constitucional, p. 397/398.

⁴⁴ Teoria Geral do Processo, p. 82.

2.3. Sentidos que Abarca o Devido Processo Legal

De acordo com Nelson Nery Junior ⁴⁵, o devido processo legal pode ser concebido no sentido genérico, no sentido material e no sentido processual:

(a) Sentido genérico, “o princípio do ‘due process of law’ caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da ‘due process clause’. É nesse sentido que vem previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.”

(b) Sentido material-“A Cláusula ‘due process of law’ não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o ‘substantive due process’ e o ‘procedural due process’, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.”

(c) No sentido processual-“Em sentido processual, a expressão alcança outro significado, mais restrito, como é curial. No direito processual americano, a cláusula (‘procedural due process’) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir-se defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que

⁴⁵ Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 63/69.

forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos”.

Além disso,

“É nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução ‘devido processo legal’, como se pode verificar, v.g., da enumeração que se faz das garantias dela oriunda verbis: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesma para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ‘ex post facto’; f) direito à plena igualdade entre a acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.”

Não obstante tais colocações de Nelson Nery Junior sobre o emprego do *sentido processual*, no ordenamento jurídico brasileiro, há um consenso segundo o qual o princípio do devido processo legal pode ser concebido em dois sentidos: *o processual e o substantivo*.

Segundo Dinorá Adelaide Museetti Grotti⁴⁶:

“Pela inscrição do devido processo legal com espaço próprio e autônomo no elenco dos direitos individuais e coletivos, pelos princípios que a Lei Maior consagra como fundamentos da República, pelos objetivos que elege e pelo realce atribuído ao controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pode-se assegurar sua acolhida nos dois aspectos, isto é, em termos processuais e substantivos, como ocorre no Direito norte-americano.”

No mesmo sentido é o entendimento de Elizabeth Maria de Moura⁴⁷:

“No Brasil, em nossa compreensão, o ‘devido processo legal’ apresenta o conteúdo processual, pois disciplina normas de conteúdo processual e apresenta conteúdo material, na medida em que declara ser o ‘devido processo legal’ um direito fundamental a todos de exigirem a proteção de seus direitos, seja aos que invoquem a tutela jurisdicional ou seja referente a processos administrativos. No que se toca à constitucionalidade das leis, temos o controle de constitucionalidade preventivo, feito pelo legislador, pelo administrador (dos atos infralegais dele emanados) ou pelo Chefe do Executivo por meio de veto à legislação e o controle de constitucionalidade repressivo que pode ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário.”

⁴⁶ Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n° 22, p. 119-120.

⁴⁷ O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito, p. 63-64.

Nesse sentido, André Ramos Tavares⁴⁸, discorrendo sobre o conteúdo do devido processo legal, observa que:

“É imprescindível, preliminarmente, destrinchar os elementos da consagrada expressão ‘devido processo legal’. Para tanto, proceder-se-á, preliminarmente, à verificação do conteúdo de cada termo componente da expressão.

Assim, considera-se que o termo ‘devido’ assume o sentido de algo ‘previsto’, ‘tipificado’. Mas não é só. Também requer que seja justo.

‘Processo’, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos trâmites, formalidades, procedimentos, garantias. São práticas do mundo jurídico em geral.

‘Legal’, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a Constituição como a legislação.

Reunindo, nesses termos, os componentes, tem-se: ‘garantias previstas juridicamente’. Esse, sucintamente, o significado da expressão ‘devido processo legal’.”

Ademais, segundo o mesmo autor⁴⁹:

“O princípio do devido processo legal biparte-se, contudo, passando a ser agregado um aspecto material (substancial).

O devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de ‘paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa’. Na realidade, a paridade de ‘armas’ tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária. É, em realidade, o próprio contraditório.”

⁴⁸ Curso de Direito Constitucional, p. 482.

⁴⁹ Ibid., p. 483.

“Já o devido processo legal aplicado no âmbito material diz respeito à necessidade de observar o princípio da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade.”

Lucia Valle Figueiredo ⁵⁰ também identifica o duplo sentido do princípio do devido processo legal, ao afirmar que:

“Inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o ‘due process of law’ quando fosse cumprido o ‘due procedural process of law’. Em outro falar, o ‘procedimento do devido processo legal’. Cumprido, então, o procedimento, considerava-se cumprido o ‘due process of law’.

Modernamente assim já não é mais, porque, conforme já dissemos, o ‘due process of law’ passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal – quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem que está contido, no ‘due process of law’, conteúdo material. Somente respeitará o ‘due process of law’ a lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais.”

Por derradeiro, deve ser consignado que o devido processo legal visto sob o prisma *formal* ou *processual* tem como corolários os princípios que regem o processo: o juízo natural, a isonomia das partes, o contraditório, a ampla defesa, a garantia da assistência judiciária, a publicidade, e a imparcialidade dos julgamentos; ao passo que, no sentido *material* ou

⁵⁰ Curso de Direito Administrativo, p. 418/419.

substancial, o devido processo legal, ao lado do princípio da igualdade, representa um importante instrumento jurídico de proteção das liberdades públicas.

2.4. Do Contraditório e da Ampla Defesa

Como já consignado, o princípio do devido processo legal se caracteriza pela sua abrangência. Não obstante isso, decorrem diretamente deste princípio : os princípios do *contraditório* e da *ampla defesa* que, em verdade, asseguram a efetividade do devido processo legal.

A Constituição Federal trata dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em seu Título II, Capítulo I, no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, *in verbis*:

“Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Ademais, em seu artigo 41, ao tratar da estabilidade e das hipóteses da perda do cargo público, dispõe que:

“Art. 41- São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

.....

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa.”

No âmbito da legislação infraconstitucional, o contraditório e a ampla defesa vêm disciplinados na Lei que regula o processo administrativo federal; na Lei que regula o processo administrativo estadual de São Paulo; na Lei de Licitação e Contratos da Administração Pública; no Decreto que dispõe sobre o processo administrativo fiscal; no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo; no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo, dentre outros diplomas legais, *in verbis*:

Lei 9.874/ 1999 (Regula o processo administrativo federal):

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Lei Estadual Paulista nº 10.177/98 (Regula o processo administrativo estadual):

“Art. 22 — Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos):

“Art. 49. A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

.....
§3º- No caso do desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

Lei 8.112/93 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais):

“Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.”

“Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

“Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

Lei 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis de São Paulo):

“Art. 270. Será obrigatório o processo administrativo quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar a pena de demissão.

Art. 284. Autuada a portaria e demais peças preexistentes, designará o presidente dia e hora para audiência inicial, citando o indiciado e notificado o denunciante, se houver, e as testemunhas.

§1º A citação do indiciado será feita pessoalmente, com prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) horas, e será acompanhada de extrato da portaria que lhe permita conhecer o motivo do processo.

Art. 297. Encerrados os atos concernentes à prova, será, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, dada vista dos autos ao indiciado, para apresentar defesa, no prazo de dez dias.

Parágrafo único. Durante este prazo, terá o indiciado vistas dos autos em presença do secretário ou de um dos membros da Comissão, no lugar do processo.”

Lei 8.989/79 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo):

.....
“Art. 207. Instaura-se inquérito administrativo quando a falta disciplinar, por sua natureza, possa determinar a pena de demissão.

Parágrafo único. No inquérito administrativo é assegurado amplamente o exercício do direito de defesa.

Doutrinariamente, o contraditório e a ampla defesa são tratados conjuntamente. Nesse sentido, é possível concluir que o contraditório está contido na ampla defesa. Destarte, assegurada esta, estar-se-á também assegurando o contraditório.

Sobre a ampla defesa, José Cavalcanti Pontes de Miranda⁵¹, comentando o §25 do artigo 141, da Constituição Brasileira, de 1946, preleciona que:

“(...) 3) O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o preceito. Existe, porém, conceito a ‘priori’ de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação ‘in casu’ diante dos textos, da violação, ou não-violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o § 25 quando a lei contém preceitos que ministram meios e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o preceito declara ser direito constitucional. Já João Barbalho (Comentários, 323): “Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado, ou tendo-se dado a produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando de precisas garantias o exercício desse inaferrível direito dos acusados, - para ela ‘res sacra réus’”.

⁵¹ Comentários à Constituição de 1946, v. III, p. 339.

Ademais, o mesmo autor, em comentário à Constituição brasileira de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, sobre o conceito de defesa, aduz que:

“(...) a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado. O Estado - no texto constitucional – a prometeu, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa⁵².”

Celso Ribeiro Bastos ⁵³, discorrendo sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, afirma que:

“Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.”

E ainda, que:

“O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”

⁵² Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, p. 234.

⁵³ Curso de Direito Constitucional, p. 387-388.

No mesmo sentido é o entendimento esposado por Alexandre de Moraes ⁵⁴:

“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (‘par conditio’), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”

Por seu turno, sobre ampla defesa, Diogenes Gasparini ⁵⁵ aduz que:

“Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.”

⁵⁴ Direito Constitucional, p. 125.

⁵⁵ Direito Administrativo, p. 853.

Ademais, sobre o contraditório ou contraditoriedade, afirma que⁵⁶:

“É o princípio que exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (Comentários, cit., v.1, p.68). Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários, cit. 1989, v.2. arts. 5º a 17, p.267) dizem que ‘A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.’”

José Cretella Júnior⁵⁷, discorrendo sobre ampla defesa:

“Meio assegurado a todos os particulares ou funcionários que se vêem envolvidos nas malhas do processo administrativo ou inquérito administrativo. O princípio da ampla defesa ou de plena defesa, que encontra acolhida no âmbito do direito administrativo, opõe-se ao princípio inquisitorial, em que é repellido o contraditório, impossibilitando-se ao acusado produzir provas ou carrear para o processo elementos que lhe provem a inocência. A defesa encontra sua base no direito natural e o princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido é que a informa. Não se concebe a possibilidade de uma repartição ou qualquer parcela da Administração pública instaurar processo contra indivíduo que não possa defender-se. O princípio natural, agora enunciado, é assim expresso em latim: ‘nemo inauditus damnari potest’. A ação administrativa em que é cercada a ampla defesa apresenta nulidade, que pode ser revista pelo Poder Judiciário.”

⁵⁶ Ibid., p. 854.

⁵⁷ Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 6, p. 355-356.

Demonstrado o tratamento dado pela doutrina ao contraditório e à ampla defesa, e sem a intenção de esgotar o tema, adiante são colacionadas manifestações dos Tribunais superiores acerca do assunto:

PODER DE POLÍCIA –PROCESSO ADMINISTRATIVO – DEFESA. *A atuação da administração pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravasando a simples correção do quadro que ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável é que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de defesa, nos moldes do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista (STF – Recurso Extraordinário nº 153540-7-SP – Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T. Julg. Em 05.06.1995).*

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. *Em face da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu art. 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos arts. 151, II, 156 e 159. Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como ‘acusado’) é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e as respectivas provas*

(art. 161, caput), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art.161, caput e §§ 1º e 3º) - Mandado de Segurança Deferido (STF – Tribunal Pleno – MS nº 21721-9/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – DJU, 10.06.1994, p. 14785, Ementário 1748-1).”

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. OMISSÃO DOS FATOS IMPUTADOS AO ACUSADO. NULIDADE PROVIMENTO.

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Processo disciplinar. Omissão dos fatos imputados ao acusado. Nulidade. Provimento.

1. A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado.
2. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas.
3. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal.
4. Recurso conhecido e provido.

Por unanimidade, dar provimento ao recurso (Recurso Ordinário Mandado de Segurança nº 1.074 – STJ - de 30.03.1992).

ADMINISTRATIVO – ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E DEMISSÃO DE SERVIDORES CONCURSADOS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL- IMPOSSIBILIDADE. O princípio de que a Administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de

legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa. A desconstituição de ato de nomeação de servidor promovido mediante a realização de concurso público devidamente homologado pela autoridade competente, impõe a formalização de procedimento administrativo, em que se assegure, ao funcionário demitido, o amplo direito de defesa. O concurso público não pode ser anulado com o conseqüente afastamento de servidores em estágio probatório, com evidente ofensa ao direito adquirido Recurso ordinário provido. Decisão indiscrepante (STJ –RMS 257-0/MS (90.0001095-0) – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJ.14.11.94).”

SERVIDOR PÚBLICO - EXONERAÇÃO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO - FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DAS FALTAS – DIREITO DE DEFESA INOBSERVÂNCIA – NULIDADE.

Inadmissível que a Administração, na avaliação, limite-se, através da chefia do estagiário, a lançar um grau inferior ao mínimo necessário a aprovação, sem justificá-lo. Se houver faltas, atrasos injustificados, devem ser indiciados objetivamente. Se o estagiário não se mostrou responsável, devem ser relatadas, objetivamente, as circunstâncias que determinaram semelhante conclusão. Cingindo-se à avaliação no período final de dez meses, olvidando-se o inicial, também de dez meses, em outro local, segue-se que a avaliação, por afrontar o art. 20 da Lei nº 8.112/90, é nula. A servidora não-estável foi exonerada, a pretexto de avaliação insuficiente no estágio probatório, sem que, no procedimento administrativo respectivo, lhe fosse propiciado o direito de defesa. Não houve qualquer contraditório. Isso implica ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura ‘o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Não importa se o servidor é estável ou não, se pode ou não ser livremente exonerado. Desde o momento em que lhe imputa, para fim de exoneração, a falta de assiduidade e falta de responsabilidade, tem o direito de se defender no procedimento

administrativo. Se isso não lhe é propiciado, resulta a nulidade do ato exoneratório. (TJDF – Ac. 38.566/96 – 4ª T. – Rel. Des. Everardo Mota e Matos – DJU, 04.09.1996).

CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

- A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face de irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos integrantes da comissão de inquérito.

- O inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração da prática de ilícito administrativo mediante portaria que não contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público contém grave vício de nulidade, porque afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa.

- Recurso provido. (‘ROMS 10578/PA – STJ; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (1999/0009395-0), T.6, Rel. Min. Vicente Leal, DJ. De 22/11/1999, p. 00194’).

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEI Nº 8.112/90, ARTS. 155 E 156. GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. Em processo administrativo, não obstante o pedido de produção de prova testemunhal pelo indiciado em sua defesa escrita, a Comissão concluiu por desconsiderá-lo, na medida em que não foram arroladas as testemunhas conjuntamente, culminando na demissão do servidor.

2. Clara afronta aos arts. 155 e 156 da Lei nº 8.112/90, que garantem a aplicação do instituto da ampla defesa e do

contraditório, bem como à garantia constitucional ao devido processo legal.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular o processo administrativo, a partir da apresentação da defesa, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília-DF, 26 de agosto de 1996. (data do julgamento)

**(Recurso em Mandado de Segurança 6388-DF
(REG.95/0059369-6))**

**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO, NO CAMPO DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO, QUE AS INSTÂNCIAS
RECURSAIS SEJAM GARANTIDAS. LEI PT 9.131/95.
RECURSO PARA O PLENO DO CONSELHO NACIONAL DE
EDUCAÇÃO.**

1. A Administração Pública, no aplicar as regras impostas para a tramitação dos processos administrativos, está, também, obrigada a obedecer ao devido processo legal.

2. No âmbito dessa garantia está o direito das partes utilizarem-se de recursos para todas as instâncias administrativas, assegurando-se-lhes, assim, ampla defesa, contraditório e segurança do julgamento.

3. Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, 14^a ed., pg. 571, preleciona que os recursos administrativos ‘são um corolário do Estado de Direita e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato administrativo. Inconcebível é a decisão

administrativa única e irrecorrível, porque isto contrária a índole democrática de todo julgamento que possa ferir direitos individuais, e afronta o princípio constitucional da ampla defesa que pressupõe mais de um grau de jurisdição. Decisão única e irrecorrível é a consagração do arbítrio, intolerado pelo nosso direito’.

4. A Lei nº 9.131, de 24 de 11 de 1995, em seu art. 9º, ao tratar do processo administrativo apreciado e julgado no âmbito do Conselho Nacional de Educação, aduz que ‘As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho Pleno’.

5. É ilegal a homologação por parte do Ministro da Educação de parecer emitido pela Câmara de Ensino Superior, sem que tenha sido aberta oportunidade à parte interessada e atingida pelo ato, para que utilizasse recurso para o Pleno do Conselho Nacional da Educação, conforme está assegurado pelo art. 9º, da Lei nº 9.131, de 24.11.95.

6. A Lei 9.784, de janeiro de 1999, em seus art. 2º, X, c/c o art. 56, ao regular o Processo Administrativo, assegura ao administrado o direito de esgotar as instâncias administrativas, pelas vias recursais,

7. Mandado de segurança concedido.

ACÓRDÃO

(Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

(Mandado de Segurança Nº 7.225 - DF (2000/0115079-0)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO RECONHECIMENTO DE CURSO. NECESSIDADE DE CONCESSÃO PRÉVIA DE PRAZO PARA SANAÇÃO DAS DEFICIÊNCIAS. DESCUMPRIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO RITO ADMINISTRATIVO. EXAME NACIONAL DE CURSOS. SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

1. A avaliação do MEC e seus consectários encartam-se no poder da Administração Pública cuja conveniência e oportunidade são insindicáveis pelo Poder Judiciário, salvo a ocorrência de ilegalidade ou abuso de poder.

2. É líquido e certo o direito da instituição de ensino lhe seja concedido prazo para sanar as irregularidades verificadas na avaliação pelo Exame Nacional de Cursos antes de ser suspenso o curso que recebeu avaliação insuficiente (art. 46, §1º, da Lei n.º 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional)

3. A inversão dessas etapas; a saber, primeiro a suspensão do reconhecimento do curso e depois o deferimento de prazo para suprir as deficiências, afronta a cláusula pétrea do devido processo legal aplicável a todo e qualquer procedimento administrativo.

4. Legitimidade e interesse de agir da instituição ante a Teoria do Fato Consumado quanto ao direito dos alunos que estão prestes a concluir o curso submetido ao ato dito 'abusivo' da autoridade.

5. Mandado de Segurança concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 26 de março de 2003 (Data do Julgamento).

(Mandado de Segurança Nº 8.130-DF (2002/0001015-7))

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE.

APLICABILIDADE DAS SÚMULAS 346 E 473 DO STF. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA CONFIRMADA.

I - Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, quanto este STJ, têm adotado com cautela, a orientação jurisprudência inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fermentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível.

II - O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa.

III - Na espécie, em se tratando da prática de ato nulo, em razão de sua reconhecida ilegalidade e por ferir os princípios da moralidade e da impessoalidade, o ato poderá ser invalidado pela própria autoridade competente, independentemente de outros procedimentos, além daqueles exigidos na lei e na Constituição (Súmulas 346 e 473 do STF).

IV - Recurso desprovido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

maioria, vencido o Sr. Ministro JOSÉ DELGADO, negar provimento ao recurso, na forma do relatório, e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros HUMBERTO GOMES DE BARROS e GARCIA VIEIRA. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Custas, como de lei.

(Recurso em Mandado de Segurança nº 10.123/RJ (98.0062752-9))

I – ‘Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio.’ (STF - RE 108.182/Min. Oscar Corrêa).

II – ‘A regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência. (STJ - RMS 407/Humberto)’.

III - A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo Art. 49, § 3º da Lei 8.666/93.

IV - A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o Art. 49, § 3º da Lei 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr.

Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília (DF). 06 de novembro de 2001 (Data do Julgamento).

(Recurso Especial nº 300.116-SP (2001/0005309-2))

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. SUPRESSÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. LEI Nº 8.112/89, ART. 114. OFENSA. SÚMULAS NºS 346 E 343 DO STF. INCIDÊNCIA.

I - Em ofensa ao art. 114 da Lei nº 8.112/90, o acórdão recorrido que, ao confirmar a decisão de primeiro grau, concedeu a segurança para condenar a Universidade a abster-se de proceder às reduções nos proventos dos aposentados, membros ou associados do impetrante, assim como os descontos das parcelas já pagas, enquanto não for observado o devido processo legal.

II - Poder de autotutela da Administração (Súmulas nº 346 e 343 do STF).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

(Recurso Especial nº 547.871-RN (2003/0085728-4))

No mesmo sentido, têm sido as decisões dos órgãos colegiados da Administração Pública, como as proferidas pelo Conselho de Contribuintes da Receita Federal, a seguir citadas.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NOTIFICAÇÃO EMITIDA ELETRONICAMENTE SEM OS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI - Em *prestígio à legalidade, ao devido processo legal e à oficialidade, deve ser declarada a nulidade do lançamento feito através de notificação que não contenha os requisitos previstos na norma legal (Art. 11 do DL nº. 70.235/72), por constituir-se em grave afronta ao contraditório e à ampla defesa.*

Recurso Ex Officio Negado (DOU 29/08/01)

(Recurso nº 125016, Terceira Câmara, Processo nº 13808.001864/97-38, Recurso de Ofício, IRPJ, Recorrente: DRJ-São Paulo, Recorrida: IFER Estamparia e Ferramentaria Ltda).

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO 'EX OFFICIO' - *Deixa-se de tomar conhecimento do recurso 'ex officio', por faltar-lhe objeto, quando a respectiva decisão da autoridade administrativo-julgadora singular tiver sua nulidade declarada, em razão do acolhimento do recurso voluntário apresentado em processo à parte, em prestígio ao duplo grau e em decorrência de afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em ato processual anterior ao ato de julgamento.*

Recurso 'ex officio' não conhecido. (Publicado no D.O.U de 07/02/01).

(Recurso nº123343, Terceira Câmara, Processo nº 10880.038862/91-39, Recurso de Ofício, IRPJ, Recorrente: DRJ – São Paulo, Recorrida: Consórcio Nacional Volkswagen Ltda).

Os julgados trazidos à colação reproduzem decisões preferidas contra a Administração Pública, por cerceamento ao direito de defesa.

O entendimento dos Tribunais Superiores e do Conselho de Contribuintes da Receita Federal foi no sentido de declarar a invalidade do ato administrativo por ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, a validade do ato administrativo, seja ele decorrente do poder de polícia, do poder disciplinar, ou do poder de autotutela, está condicionada à obediência dos mencionados princípios constitucionais.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO

3. 1. Conceito de Administração Pública

Como se sabe, o Estado, para realização de suas atribuições constitucionais, estruturalmente é composto de órgãos - entes despersonalizados que executam uma atividade em nome da pessoa jurídica a que pertencem. São órgãos essenciais do Estado: o Executivo, o Judiciário e o Legislativo. Cada órgão, por sua vez, exerce uma parcela da função estatal, ou seja, compete ao Legislativo o exercício da função legislativa; ao Judiciário o exercício da função jurisdicional e ao Executivo o exercício da função Administrativa⁵⁸. Não há, todavia, uma distribuição rigorosa de funções, posto que, parcela da função administrativa também é exercida pelos Poderes Legislativo e Judiciário, de forma atípica, sob o regime de Direito Administrativo, nas manifestações proferidas acerca de assuntos de suas competências privativas, e também ao disporem sobre o provimento de cargos e controle de seus servidores. É de se ressaltar, entretanto, que o exercício da

⁵⁸ “A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário” (Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 34)

maior parcela da função administrativa compete ao Poder Executivo, que a realiza de forma típica e preponderante, por meio da Administração Pública.

Sobre a previsão constitucional da Administração Pública, Odete Medauar⁵⁹ ensina que:

“As Constituições do século IX ignoraram a Administração Pública, pois um ou dois preceitos isolados aí são encontrados. Exemplo significativo oferece a Constituição brasileira de 1824, que não contém capítulo específico sobre Administração ou sobre servidores e traz dispositivos isolados em matéria administrativa.’ Mais adiante que: ‘Com a expansão da atividade administrativa, sobretudo no âmbito econômico, registra-se a tendência paralela de inserção, nas Constituições, de preceitos que antes figuram em leis sobre matéria administrativa. As Constituições contemporâneas demonstram a realização dessa tendência, pelo modo mais amplo e profundo com que se ocupam da Administração Pública. A Constituição Brasileira de 1988 alinha-se a essa tendência. No Título III, denominado ‘Da Organização do Estado’, traz o capítulo VII, intitulado ‘Da Administração Pública’, com quatro seções, uma das quais dedicadas aos Servidores Públicos...”

⁵⁹ Direito Administrativo Moderno, p. 50-51.

De outra parte que⁶⁰:

“A Constituição pátria fornece, então, bases ao direito administrativo e, portanto, à atuação da Administração, traçando as diretrizes de um modelo de Administração. Assim, arrola no ‘caput’ do art.37 alguns dos seus princípios; estabelece um rol de preceitos sobre direitos e deveres do servidores públicos; fixa também preceitos em várias matérias administrativas, como já se disse; ao repartir as competências entre União, Estados e Municípios, também delinea a competência administrativa fundamental desses níveis”

Realmente, e consoante as afirmações de Odete Medauar, a Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VII, art. 37, dá um novo tratamento à Administração Pública, ao dispor em nível constitucional dos princípios que nortearão sua atuação, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Tais princípios são de obediência obrigatória dos administradores públicos, sob pena de invalidade de seus atos e de responsabilização administrativa, civil e penal.

Aos supramencionados princípios foi incluído o da eficiência, por meio da Emenda Constituição nº 19, de 4 de Junho de 1998 – que deu início à Reforma do Aparelho do Estado ⁶¹, tornando a Administração

⁶⁰ Ibid., p. 51.

⁶¹ O aparelho do Estado é o Estado como organização, que conta com servidores públicos, recursos financeiros, máquinas, equipamentos e instalações, para a prestação de serviços no interesse da sociedade. O aparelho do Estado é o executor das decisões que são tomadas pelo Governo. Daí, a necessidade de que atue com eficiência e presteza, em respeito ao contribuinte e procurando sempre dar respostas às necessidades da sociedade (A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais, Cadernos MARE da Reforma do Estado nº 6, de 1998, p. 15).

Pública gerencial ⁶², vale dizer, mais eficiente e com melhores resultados para o Estado e principalmente para os administrados. Ademais, tais modificações permitirão ao Poder Executivo proceder a uma reformulação total do seu modelo de Administração Pública.

Dentre essas inovações, incorporadas ao texto da Carta Magna, ressaltam-se, as novas hipóteses da perda do cargo público; a concessão de amplas garantias de estabilidade apenas aos servidores públicos ocupantes de cargos que integram as Carreiras típicas do Estado; a revisão das regras da estabilidade do servidor, permitindo, com isso, sua flexibilização em situações de premente necessidade de redução do comprometimento do gasto público com folha de pagamentos; a avaliação periódica de desempenho; a disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço público etc.

Sobre a Emenda Constitucional nº 19/98, merece transcrição a observação de Celso Ribeiro Bastos ⁶³:

⁶² A Administração Pública gerencial surgiu na metade do século XX, como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial. Na Administração gerencial, a eficiência da Administração Pública –a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, torna-se essencial.”(Conceito e Propostas do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Cadernos MARE da Reforma do Estado nº 12, p.10).

⁶³ Curso de Direito Constitucional, p. 527-528.

“Em embargo da qualidade dessa Emenda – que modifica o regime da Administração Pública e dispõe sobre seus princípios e normas – ela não está sendo aplicada em toda a sua potencialidade por falta de uma legislação ordinária que a integre. Se posta efetivamente em prática, proporcionará à Administração Pública meios para adequar seu pessoal e a sua organização às efetivas necessidades do Brasil de hoje.”

Consignado o tratamento constitucional dado à Administração Pública, a seguir, cuidar-se-á de sua definição. Com efeito, dois são os sentidos utilizados pelos doutrinadores: o *subjetivo*, formal ou orgânico; e o *objetivo*, material ou funcional.

Sob o aspecto subjetivo, Administração Pública compreende as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos incumbidos da realização da função administrativa; e, sob o aspecto objetivo, ela representa a própria função administrativa.

A Administração Pública, portanto, sob o ponto de vista subjetivo, tem as seguintes definições:

Conforme ensina Celso Ribeiro Bastos⁶⁴ :

“É aquela atividade realizada pelo Estado, através do Poder Executivo e órgãos subordinados a este, de reger ou gerir os interesses e bens públicos, na forma da lei, para o atingimento da sua finalidade: o bem comum da coletividade”

Ademais, segundo o mesmo autor⁶⁵:

“Administrar é atividade típica do Poder Executivo; contudo, também é praticada atipicamente pelos dois outros poderes, na medida em que devem realizar atos instrumentais para o atingimento de suas finalidades fundamentais”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁶, discorrendo sobre a estrutura do governo, afirma:

“O Poder Executivo compreende o governo, que é sua cabeça, e a administração, que consiste em seu tronco e membros. O primeiro é o órgão ou conjunto de órgãos, a que pertence a representação do todo e a tomada das decisões fundamentais, no que é de sua competência. A Segunda é o conjunto de órgãos que propriamente acompanham a execução das leis e decisões em geral, ou que a preparam. Ou, ainda, que as executam por si. Compreende tanto o serviço civil, ou burocracia, como as Forças Armadas, o seu braço militarizado”.

Para Hely Lopes Meirelles:

*“Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”*⁶⁷

⁶⁴ Dicionário de Direito Constitucional, p. 2.

⁶⁵ Ibid., p. 2-3.

⁶⁶ Curso de Direito Constitucional, p. 193.

⁶⁷ Direito Administrativo Brasileiro, p. 60-61.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define Administração Pública, como: “o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.⁶⁸

Odete Medauar consigna que:

*“Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Nesse enfoque predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades; pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc.”*⁶⁹

De outra parte, sob o ponto de vista *objetivo*, podem ser citadas as seguintes definições, sobre Administração Pública:

Segundo Alexandre de Moraes⁷⁰:

“A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”

⁶⁸ Direito Administrativo, p. 62 .

⁶⁹ Direito Administrativo Moderno, p. 45.

⁷⁰ Direito Constitucional, p. 310.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto a define como:

*“O conjunto de atividades preponderantemente executória, praticadas por pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo recursos total ou parcialmente públicos, na prossecução dos interesses legalmente cometidos ao Estado.”*⁷¹

Diogenes Gasparini aduz que Administração Pública :

*“(...) é um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob termos e condições da leis, visando o atendimento das necessidades coletivas.”*⁷²

Finalmente, Marçal Justen Filho⁷³ afirma que: “Em sentido objetivo, a Administração Pública é o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa.”

3.2. Princípios Constitucionais da Administração Pública

Conforme se expôs, a Constituição Federal inovou ao erigir a nível constitucional os princípios administrativos⁷⁴, no que foi seguida pela Constituição Estadual Paulista⁷⁵.

⁷¹ Curso de Direito Administrativo, p. 81.

⁷² Direito Administrativo, p. 41.

⁷³ Curso de Direito Administrativo, p. 90

⁷⁴ “Art. 37 – A Administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

⁷⁵ “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”.

Como se infere da redação do artigo 37, da Constituição Federal, são princípios explícitos da Administração Pública os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

3.2.1. Legalidade

O princípio da legalidade é a base de sustentação da Administração Pública. Por isso, o administrador público tem o poder-dever de atuar dentro dos estritos limites da lei, sob pena de invalidade de seu ato e de ulterior responsabilização administrativa, cível e penal. Não tem vontade própria. Só deve fazer o que a lei expressamente lhe autorizar. Exemplificativamente, na aquisição de bens, na realização de obras , na contratação de serviços ou na concessão de serviços ou de uso de bens públicos, deverá proceder ao competente processo de licitação.

Não obstante isso, como preleciona Lúcia Valle Figueiredo:

“Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

*Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.”*⁷⁶

Ainda sobre o princípio da legalidade, são sempre oportunos os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:⁷⁷

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’ ; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:⁷⁸

“(...) Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o princípio da legalidade é o específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à Lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”

⁷⁶ Curso de Direito Administrativo, p. 42.

⁷⁷ Direito Administrativo Brasileiro, p. 83.

⁷⁸ Curso de Direito Administrativo, p. 58-59.

3.2.2 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade se traduz na impossibilidade de o administrador praticar atos administrativos que não persigam o interesse público, visando apenas favorecer a interesses privados, ou a perseguir inimigos políticos. À Administração Pública não é dado ter preferências pessoais nas prestações dos serviços públicos. Deve prestá-los a todos os administrados, sendo vedado qualquer tipo de favorecimento ou perseguição.

Ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano

Nunes Junior⁷⁹:

“O princípio da impessoalidade é aquele que embarga tratamento desigual entre os administrados. Por outro modo, significa que os critérios pessoais não podem ser tomados em conta para efeito de concessão de privilégios ou para discriminações. Cuida-se, em suma, de desdobramento do próprio princípio da igualdade, assegurando que o ato administrativo persiga interesse público e não pessoal.”

Para Hely Lopes Meirelles:

“O princípio da impessoalidade, nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

*Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos sobre suas realizações.”*⁸⁰

⁷⁹ Curso de Direito Constitucional, p. 295.

⁸⁰ Direito Administrativo Brasileiro, p. 85.

Realmente, o princípio da impessoalidade reflete uma faceta do princípio da finalidade, haja vista que a Administração Pública, ao realizar suas atividades, deve perseguir o *interesse público*⁸¹. O ato administrativo que desatenda esse comando legal será nulo por *desvio de finalidade*⁸², ensejando a responsabilização do agente público que o tenha editado.

3.2.3 Moralidade

O princípio da moralidade impõe aos administradores públicos o dever de pautar suas atuações na lei, nos princípios éticos, devendo, ao fazerem uma opção por uma determinada conduta, distinguirem o justo do injusto, o legal do ilegal, o honesto do desonesto. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, tal princípio está ligado ao conceito de *bom administrador*.

⁸¹ Assevera Diógenes Gasparini que interesse público “(...) é o que se refere a toda sociedade. É o interesse social, da comunidade considerada por inteiro” (Direito Administrativo, p. 13).

⁸² A Lei de Ação Popular 4717, de 29.06.1965, prescreve em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea “e” que:

“O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

A moralidade administrativa difere da moral comum, como ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

*“De um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica e para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal. Não obedecendo o ato administrativo somente à lei jurídica.”*⁸³

De forma clara, constitui-se o princípio da moralidade em uma garantia contra os administradores desidiosos, e até mesmo mal intencionados, que procuram fazer da Administração Pública o gerenciamento de interesses privados.

Segundo Alexandre de Moraes⁸⁴:

“A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37 § 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com base na Lei nº 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público”.

⁸³ Apud Marino Pazzaglini Filho, Improbidade Administrativa, p. 55.

⁸⁴ Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, p. 783.

Registre-se, finalmente, que o princípio da moralidade deve ser observado por todos os agentes públicos, nos termos da Lei 8.429, de 2 de Junho de 1992, *denominada de Lei do Colarinho Branco*.⁸⁵

3.2.4. Publicidade

Sobre tal princípio, observam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:⁸⁶

“O princípio da publicidade é aquele cujo objetivo reside em assegurar transparência nas atividades administrativas. Fincado no pressuposto de que o administrador público é o responsável pela gestão dos bens da coletividade, esse princípio fixa orientação constitucional de que ele deve portar-se com absoluta transparência, possibilitando aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas.”

Além disso, como se sabe, a publicação do ato administrativo afora se constituir num pressuposto necessário à sua eficácia, representa também uma prestação de contas da Administração Pública. Por esse motivo, todos os seus atos, contratos e demais instrumentos jurídicos devem ser publicados. A exceção fica por conta dos atos sigilosos, assim

⁸⁵ “Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”

⁸⁶ Curso de Direito Constitucional, p. 297-298.

definidos em lei, em obediência ao disposto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal:

“Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Sobre as ressalvas contidas no final do precitado inciso XXXII, ensina Nagib Slabi Filho⁸⁷:

“Em decorrência de tais dispositivos, o princípio da publicidade da Administração Pública, embora essencial para sua atividade, não é absoluto em todas as hipóteses, pois sofre as seguintes limitações:

- a) defesa da intimidade do administrado, quando for o caso de relação administrativa em que o mesmo seja parte ou mesmo terceiro a cujos efeitos se vincule a atividade estatal;*
- b) segurança da sociedade, quando, por exemplo, for necessário manter o sigilo no que diz respeito a evitar situações de pânico; e*
- c) segurança do Estado, quando for necessária reserva para a própria garantia de funcionamento da atuação estatal, naquilo que lhe for relevante (segredos militares, diplomáticos etc.)”.*

⁸⁷ Direito Constitucional, p. 754.

Publicação válida é aquela feita no órgão oficial, ou seja, no jornal público ou privado, este último, contratado especialmente para a publicação dos atos estatais. Nesse sentido, os atos da Administração Pública Federal serão publicados no Diário Oficial da União, os dos Estados-membros no Diário Oficial do Estado, os do Distrito Federal no Diário Distrital e os dos Municípios no Diário Oficial do Município, onde houver. Na ausência de um veículo oficial, serão publicados em jornal de grande circulação, contratado mediante licitação, sempre que possível. E na remotíssima hipótese de inexistência de um jornal, por qualquer meio idôneo, capaz de levar ao conhecimento dos administrados, como por exemplo, a afixação do ato ou do resumo do contrato no átrio do Fórum, da Prefeitura, da Câmara Municipal, no Clube de Mães etc.

A publicidade não pode, entretanto, ser utilizada para veicular propaganda pessoal do administrador público. Deverá ser institucional, ou seja, de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, §1º da Constituição Federal.

Como preleciona Diogenes Gasparini⁸⁸, são efeitos da publicação oficial:

⁸⁸ Direito Administrativo, p.12.

“I – presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III – marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta.”

3.2.5. Eficiência

O princípio da eficiência foi incluso na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98 (que promoveu a Reforma Administrativa do Estado, como exposto).

Observam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior⁸⁹:

“O princípio da eficiência tem partes com as normas de ‘boa administração’, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos; em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado.”

⁸⁹ Curso de Direito Constitucional, p. 298.

Ensina Hely Lopes Meirelles⁹⁰ que:

“O ‘princípio da eficiência’ exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”

Nesse contexto, a adoção do princípio da eficiência visa transportar para a Administração Pública as técnicas e os recursos de que se valem os executivos da iniciativa privada, para a prestação de serviços à altura de seus consumidores. Além disso, pretende-se agilizar a *máquina administrativa*, removendo entraves de ordem burocrática, humana e gerencial.

De outra parte, o princípio da eficiência se traduz na prestação de serviços adequada, contínua e profissional. O que se espera como resultado é a satisfação dos administrados com a prestação dos serviços diretamente pela Administração ou por seus delegados, notadamente os concessionários de serviços ou de obras públicas. E ainda, que os administrados exerçam seus direitos de cidadania, e exijam do Estado a realização de suas atividades com perfeição, economia de tempo e de recursos públicos. Contudo, o princípio da eficiência não pode levar a Administração

⁹⁰ Direito Administrativo Brasileiro, p. 96.

Pública a privatizar sua forma de atuação. Devem obedecer aos demais princípios: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e, ao mesmo tempo, realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento.

Estes são pois os princípios administrativos inseridos expressamente no art. 37 da Constituição Federal e que deverão ser observados pelos agentes públicos, sob pena de invalidade de suas atuações.

Deve ser ressaltada, além disso, a existência de outros princípios norteadores da Administração Pública, vale dizer, os denominados *princípios constitucionais implícitos*.⁹¹

Dentre os citados princípios, destaque-se o da *razoabilidade*, que vai informar todas as decisões administrativas, constituindo-se em um dos principais limites à discricionariedade.

⁹¹ Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, “Além dos quatro citados princípios explicitamente abrigados pelo texto constitucional, existem outros implicitamente agregados ao regramento constitucional da Administração Pública. Vejamos. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; Princípio da finalidade; Princípio da razoabilidade, Princípio da proporcionalidade e Princípio da responsabilidade do Estado”(Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., Editora Saraiva, 2003, p.299/300.

Com efeito, por força de tal princípio, o agente público, no exercício de uma competência discricionária ⁹², está obrigado a fulcrar suas decisões em parâmetros razoáveis, ou seja, se utilizar de meios proporcionais aos objetivos a serem alcançados. Destarte, no cumprimento de uma ordem judicial de despejo, o oficial de justiça, encontrando resistência, deverá solicitar força policial, e a esta caberá prestar-lhe segurança pessoal e a todos os ocupantes do imóvel, para que ocorra a desocupação de forma pacífica e dentro da lei, sendo-lhe defeso qualquer outro comportamento que transborde a lei, ainda que a pretexto de cumprir determinação judicial.

Sobre tal princípio, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior ⁹³ se manifestam, no seguinte sentido:

“Indica que o administrador, na incrementação de atos administrativos discricionários, deve empreender uma necessária ponderação dos valores, segundo os parâmetros fornecidos por um senso médio de racionalidade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘enuncia-se com este princípio que a administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida.’”

⁹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, p. 451).

⁹³ Curso de Direito Constitucional, p. 299.

Para Maria Paula Dallari Bucci ⁹⁴:

“O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas – e, os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.”

José Eduardo Martins Cardoso ⁹⁵ o define, sob a ótica da Administração Pública, como:

“(...) o princípio que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes.”

Celso Antônio Bandeira de Mello ⁹⁶ ensina:

“Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)”.

Ademais:

“Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.”

⁹⁴ Apud Alexandre de Moraes, In: Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, p. 367.

⁹⁵ Ibid., p. 368.

⁹⁶ Curso de Direito Administrativo, p. 66-67.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁷:

“Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionabilidade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 1991: 126-151).”

Para Gordillo⁹⁸:

“(...) a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou*
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou*
- c) não guarde uma proporcionalidade adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, excessiva em relação ao que deseja alcançar.”*

O princípio da razoabilidade, conquanto não inserido expressamente na Constituição Federal, foi contemplado pela Constituição Estadual Paulista, em seu artigo 111⁹⁹, como um dos princípios a serem observados pela Administração Pública.

⁹⁷ Direito Administrativo, p. 80

⁹⁸ *Apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op.cit., mesma página.

⁹⁹ “Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”.

De outra parte, em nível infraconstitucional, o princípio da razoabilidade aparece sob a forma expressa no art. 2º da Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *in verbis*:

“Art. 2º - A Administração Pública obedecerá , dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao prever expressamente os princípios constitucionais da Administração Pública, princípios até então retirados do ordenamento jurídico; ao albergar as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional 19/98, impôs ao administrador público a obediência à lei. Por conseguinte, fez nascer um novo modelo de administração – onde, efetivamente, os direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado, encontram-se assegurados.

4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO

4.1. Considerações Gerais

A Constituição Federal consagrou o processo administrativo, ao dispor sobre o contraditório e a ampla defesa¹⁰⁰; ao determinar a obrigatoriedade da licitação pública¹⁰¹, e, finalmente, ao disciplinar as hipóteses de demissão do servidor público estável¹⁰².

Segundo ODETE MEDAUAR¹⁰³, “(...) aceita a existência do processo no âmbito administrativo, surge a controvérsia no tocante à sua denominação: seria processo ou procedimento?”. E acrescenta a autora, em seguida:

¹⁰⁰ Art. 5º, inciso LV: “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

¹⁰¹ Art. 5º, inciso XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁰² Art. 41, § 1º, inciso II: “§1º O servidor estável só perderá o cargo: II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.”

¹⁰³ Direito Administrativo Moderno, p. 179.

“Muitos administrativistas e tributaristas utilizam o termo procedimento. Uma das explicações para o uso deste vocábulo encontra-se no receio de confusão com o processo jurisdicional. Mas essa confusão não ocorre, em virtude do acréscimo do qualificativo que identifica a função a que se refere: assim, a locução ‘processo administrativo’ revela que se trata de processo que existe no âmbito da função administrativa.

No aspecto substancial, ‘procedimento’ distingue-se de ‘processo’ porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre os atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório.

Assim, o ‘processo administrativo’ caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração.”

Com efeito, embora consagrado constitucionalmente, o processo administrativo, a exemplo do Direito Administrativo, não era codificado, sendo disciplinado por meio de Decretos, Instruções Normativas, Portarias e até mesmo Ordem de Serviço. Essa ausência de lei regulando a conduta dos agentes público, no tocante aos administrados (servidores públicos e particulares), servia de pretextos para cometimento de abuso de poder por parte dos agentes públicos, uma vez que emprestavam aos atos infralegais (Decretos, Instruções Normativas, Portarias e Ordens de Serviços) força de lei,

impondo obrigações a terceiros, em confronto com o princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Todavia, o advento das Leis 10.177/98 e 9.784/99, dispondo sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, e sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, respectivamente, veio disciplinar as atividades da Administração Pública e assegurar os direitos dos administrados.

As citadas leis de processo administrativo, editadas quase que concomitantemente, representam uma inovação e vêm suprir lacuna no tocante ao regramento da atuação do Estado (Administração Pública) em relação aos administrados em geral (particulares e servidores), assegurando, destarte, o direito ao devido processo legal.

A lei de processo administrativo federal¹⁰⁴ estabelece normas gerais sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (art.1º da Lei 9.784/99).

Inicialmente, inova a referida lei, ao trazer no art. 2º, os princípios a que fica submetida a Administração Pública, quais sejam, o da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Inova, outrossim, ao arrolar no parágrafo único do citado artigo, os critérios a serem observados no processo administrativo, *in verbis*:

“Art. 2º

.....
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI – adequação entre meios e fins vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

¹⁰⁴ Será utilizada como norte juntamente com a Lei 8.112/90 Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X – garantia de direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à imposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígios;

XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII – impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

Na verdade, o citado parágrafo único tem por finalidade estender ao processo administrativo os mesmo princípios norteadores da Administração Pública, condicionando, assim, a forma de atuação do agente público à observância dos já mencionados princípios, notadamente o da legalidade, o do contraditório e da ampla defesa, e o da segurança jurídica, este último inserido nos incisos IX e XIII, respectivamente, ao determinar a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; e ao vedar a aplicação retroativa de nova interpretação.

Depois, no artigo 4º, ao estabelecer os direitos dos administrados em relação à Administração Pública: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento das obrigações; II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e IV – fazer –se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art.3º). E, em contrapartida, os deveres dos administrados: I – expor os fatos conforme a verdade; II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III – não agir de modo temerário; e prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos (art.4º).

A inovação consubstanciada no artigo 4º demonstra a preocupação do legislador em estabelecer, exemplificativamente, os direitos dos Administrados perante a Administração Pública. Em contrapartida, dispõe também sobre os deveres daqueles para com a Administração Pública.

Ademais, a lei de processo administrativo federal teve, também, a preocupação de reproduzir em seu art. 30 - a proibição

constitucional de obtenção de provas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI):
“São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

De igual forma, para que não se eternize a solução do processo administrativo, traz o direito-dever da Administração Pública, uma vez instruído o processo, de decidir:

“Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

“Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

Inova, ainda, ao dispor sobre a anulação, revogação e a convalidação dos atos da Administração editados no processo administrativo, reproduzindo, parcialmente, em seu art. 53, a Súmula 473 do STF ¹⁰⁵, bem como estabelecendo no art. 54, prazo decadencial para a anulação dos atos administrativos, *in verbis*:

“Art. 53 A Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

¹⁰⁵ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”.

“Art.54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento;

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe à validade do ato.”

Finalmente, completando a síntese das inovações trazidas pela lei de processo administrativo, tem-se o regramento do recurso, da revisão e das sanções a serem aplicadas pelas autoridades públicas:

“Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.”

“Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.”

“Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – os cidadãos ou associações , quanto a direitos ou interesses difusos.”

“Art. 65. Os processos administrativos que resultem sanções poderão ser revistos , a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.”

“Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.”

Por derradeiro, sobre os *recursos administrativos*, a lei processual administrativa deixa clara a não exigência de caução para a interposição dos mesmos, exceto se tal previsão decorrer de lei.

Exemplificativamente, pode ser citada a Lei Delegada nº 4, de 26/09/1962 – que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, *in verbis*:

“Art. 15 . No prazo de 10 (dez) dias da data da entrega da notificação ao infrator, este, desde que deposite metade de valor da multa, poderá recorrer à autoridade a que estiver subordinado o prolator da decisão.”

Exige, também, caução para interposição de recurso, o Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 - que dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências, *in verbis*:

“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

.....
§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalentes a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízos do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.”

No tocante à exigência de caução para a interposição de recurso, em matéria fiscal, quando de sua imposição pelo art. 33 do Decreto 70.235/72 (com a redação do art. 32 da Lei 10.522/2002), observa Roque Antonio Carrazza¹⁰⁶ que a mesma afronta o princípio constitucional da ampla defesa.

Tal entendimento, entretanto, não foi o adotado pelos nossos Tribunais. Com efeito, sobre a exigência de caução para a interposição de recurso administrativo, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 22.372-0/PR, assim decidiu:

¹⁰⁶ Artigo intitulado – Depósito como requisito para encaminhamento de recursos à segunda instância administrativa e suas injuridicidades, Revista de Estudos Tributários nº 6 – Março – Abril de 1999, Síntese Publicações.

“Ementa: Administrativo. Recurso Administrativo. Depósito prévio. Art. 15 da Lei Delegada nº 04/62. Violação do princípio da ampla defesa. Inocorrência.

1. A exigência do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo não fere o princípio constitucional da ampla defesa, até porque não é necessário o esgotamento da via administrativa para que as partes defendam seus interesses judicialmente.

2. Apelação e remessa oficial providas.”

No mesmo sentido, decidiu o mesmo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo (RE nº 210.246-6 GOIÁS, relator Min. Nelson Jobim):

“Recurso Extraordinário nº 210.246-6 GOIÁS

Redator para o Acórdão: Min. Jobim

Recorrente: União Federal

Advogado: Advogado-Geral da União

Recorrido: Sociedade Médica Santa Luzia Ltda

Advogado: Elísio Moraes e Outro

Constitucional(2). Administrativo(3) Recurso Obrigatório do Depósito Prévio da Multa Imposta.(4) Recepção do Art. 636, § 1º da CLT, pela Constituição. Compatibilidade da Exigência com o art. 5º, LV, CF -88.(5) Precedente: ADIN 1049-2(Cautelar). (6) Recurso Conhecido e Provido.”

Mais recentemente ainda, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 384.144-1 – que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, decidiu que a exigência de depósito

prévio, com requisito de admissibilidade de recurso administrativo, não viola a Carta Magna:

“RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES- (Relator):

Ao apreciar o recurso extraordinário, proferiu a seguinte decisão (fls.317):

DECISÃO: *Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, ‘a’ da Constituição Federal, no qual se discute a exigibilidade de depósito prévio como condição de recorribilidade em processo administrativo.*

Alega-se que o acórdão recorrido, proferido em julgamento de apelação em mandado de segurança, violou o art. 5º, incisos XXXIV, ‘a’; XXXV; LIV; e LV, da Carta Magna.

Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual a exigência de depósito prévio, de parte do valor discutido na via administrativa ou de multa aplicada, como requisito de admissibilidade de recurso administrativo, não viola a Carta Magna, por não existir, nessa esfera, garantia ao duplo grau de jurisdição (v.g., o RE 210.246, Plenário, Redator para o acórdão Nelson Jobim, DJ 17.03.00; o AgRAI 344.702, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, DJ 26.04.02; e o AgRAI 382.191, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 08.11.02).

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento (art. 557, § 1º-A, do CPC). Sem honorários (Súmula 512 do STF).”

No mesmo sentido, foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 608.089-SP (2003/0207073-7) - que teve como Relator o Ministro Luiz Fux:

“EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557, DO CPC. OFENSA NÃO CONFIGURADA. DEPÓSITO PRÉVIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PRESERVADOS. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1.O artigo 557, do CPC, com a novel redação dada pela Lei nº 9.758/98, permite ao relator do recurso negar-lhe seguimento na hipótese em que o apelo for: ‘manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.’

2. O duplo grau não atinge a esfera administrativa, sendo constitucional a exigência de depósito prévio para fins de interposição de recurso administrativo. Precedentes do STF.

3. A exigência do depósito recursal administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

4. Em sede de processo administrativo, o contribuinte, após o lançamento do crédito, tem a oportunidade de apresentar defesa, bem como produzir todas as provas que julgar necessárias, estando preservado, assim, o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

5. A exigência do depósito, malgrado legítimo, não impede o acesso à Justiça, inclusive com possibilidade de gratuidade integral, conforme prometido pela Carta Magna e extensível às pessoas jurídicas pela majoritária jurisprudência do E.STJ.

6. O depósito prévio para a interposição de um novo recurso evita a procrastinação e objetiva a mais rápida percepção dos impostos pela Administração.

7. Agravo regimental improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2004 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIZ FUX

Presidente e Relator.”

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça manifestou-se também, no Recurso Especial nº 608-531-SP (2003/0199393-0) do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pela constitucionalidade da exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo:

“EMENTA

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO- RECURSO – DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA, NO VALOR DE 30% DA EXIGÊNCIA FISCAL – LEGALIDADE – CTN, ART. 151, III – PRECEDENTES STF E. STJ.

- O egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, reconheceu a constitucionalidade da exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo (ADIn nº 1049 e RE 210.246-6/GO).

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, firmou posição no sentido da legalidade da exigência do depósito prévio como condição para o reconhecimento do recurso administrativo, não ofendendo o art. 151, III, do CTN.

-Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator

os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 5 de agosto de 2004 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
Relator”

A jurisprudência dos Tribunais Superiores Federais: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pela constitucionalidade da exigência do depósito prévio como requisito para a interposição de recurso no âmbito administrativo, está fulcrada na afirmação de inexistência da garantia do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa.

Em que pese a origem da jurisprudência, há uma diminuição do alcance constitucional do princípio da ampla defesa, impedindo, assim, o Administrado (autuado) de submeter seu pleito à 2ª instância administrativa.

Como observa Roque Antonio Carrazza,¹⁰⁷

“De fato, quando a Constituição, no inciso em pauta, faz menção aos meios e recursos inerentes à ampla defesa, está, por sem dúvida, aludindo ao direito à produção de provas (meios) e ao direito à dupla instância de recursos.”

¹⁰⁷ Revista de Estudos Tributários n° 6, p.6.

Apresentados, em síntese, os aspectos mais importantes da lei de processo administrativo federal, cabe, ainda, ressaltar, que a mesma serve de norte não só para os órgãos que compõem a Administração Pública Federal direta e indireta, como também para todos os órgãos do Poder Judiciário e do Legislativo federal, quando do desempenho da função administrativa.

Deve ser sublinhado, ainda, que no tocante aos direitos dos administrados e/ou dos agentes públicos já disciplinados em leis processuais administrativas próprias, a aplicação da Lei 9.784/99 será subsidiária, a teor do disposto em seu art. 69: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhe apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.”

Por seu turno, a aplicação subsidiária da lei de processo administrativo federal dar-se-á, por exemplo, no tocante à apuração de infração disciplinar dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, haja vista a existência da Lei 8.112/90 que, em seu Título V, trata Do Processo Administrativo Disciplinar e também na atuação da Administração Pública na exigência de créditos tributários da União, cuja regulamentada no Decreto nº 70.235, de 6 de Março de 1972, recepcionado como lei pela Constituição de 1988.

A regulação do processo administrativo, enfim, dá transparência às decisões proferidas pela Administração Pública, diminuindo o excesso de burocracia, tornando mais célere e eficiente o atendimento dos pleitos dos Administrados.

Nesse rumo, merecem ser sublinhados os ensinamentos de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ¹⁰⁸:

“O processo administrativo tem dois objetivos fundamentais: disciplinar, conferindo transparência e objetividade, os meios pelos quais a Administração Pública, por intermédio de seus agentes, toma decisões; e assegurar o respeito a todos os atributos da cidadania no relacionamento entre a Administração e os administrados, inclusive seus próprios agentes”.

É de se concluir que o processo administrativo consagrado no inciso LV, do art. 5º, e no inciso II, do § 1º, do art. 41, da Constituição Federal, tem duas finalidades: assegurar os direitos dos administrados, e tutelar a atuação da Administração Pública.

Que a Administração Pública deve pautar sua atuação na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da segurança jurídica, assim como nas determinações constantes das leis de processo administrativos nºs 10.77/98 (estadual) e 9.784/99 (federal),

¹⁰⁸ Processo Administrativo, p. 48.

as quais, juridicamente, representam um verdadeiro Código de Processo Administrativo.

4. 2. Conceito de Processo Administrativo

José Cretella Junior¹⁰⁹ afirma que:

“O vocábulo processo prende-se, pela etimologia, à forma latina ‘processu(m)’, palavra que pertence à mesma raiz do verbo ‘procedere’: caminhar para diante, marchar para frente, avançar, progredir.

O significado exato do termo é, pois, ‘marcha para diante, avanço, progresso, desenvolvimento’.”

De outra parte, conceitua o processo administrativo *latu sensu* como¹¹⁰:

“O conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins, concretizando a vontade da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por provocação do particular ou do funcionário lesados em seus direitos.”

¹⁰⁹ Curso de Direito Administrativo, p. 439

¹¹⁰ Ibid., p. 445.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹¹ que:

“Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final conclusivo.”

Hely Lopes Meirelles¹¹², discorrendo sobre processo e procedimento, aduz que:

“Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹³ assevera que a expressão processo administrativo, na linguagem corrente, é utilizado em sentidos diferentes:

*“1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, §1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de ‘**sentença judicial transitada em julgado**’, mediante ‘**processo administrativo**’ em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante ‘**procedimento de avaliação periódica de***

¹¹¹ Curso de Direito Administrativo, p. 446.

¹¹² Direito Administrativo Brasileiro, p. 658.

¹¹³ Direito Administrativo, p. 529-530.

desempenho’, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;

3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;

4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.”

Ao depois, a mencionada autora faz a distinção entre processo e procedimento, no sentido seguinte ¹¹⁴:

“Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudo, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, à forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.”

¹¹⁴ Ibid., p. 530.

José dos Santos Carvalho ¹¹⁵ conceitua processo administrativo “como o instrumento que formaliza a seqüência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração.”

Ademais, sobre o processo administrativo, merecem ser trazidas à colação, o entendimento de Vilar Y Romero ¹¹⁶:

“(...) a única diferença entre o processo judicial e o administrativo está em que o primeiro é constituído pela atuação dos tribunais judiciais, dos órgãos da jurisdição ordinária, ao passo que o processo administrativo se acha integrado por atuações de autoridades ou tribunais não judiciais, administrativos, mas exclusivamente administrativos”, mostra que “uns e outros organismos são órgãos estatais, de caráter público e, por isso, se a diferença apontada é válida para distinguir ambos os processos como espécies do mesmo gênero, não o é quando com ela se pretende negar o cunho de verdadeiro processo ao conjunto de atuações mediante as quais a administração dita suas resoluções, especialmente na medida em que estas afetam os direitos dos particulares.”

Por derradeiro, observa Gabino Fraga ¹¹⁷ que o processo administrativo é “o conjunto de formalidades que precedem e preparam o ato administrativo.”

¹¹⁵ Manual de Direito Administrativo, p.713.

¹¹⁶ *Apud* José Cretella Junior. Curso de Direito Administrativo, p. 443.

¹¹⁷ *Ibid.*, mesma página.

Apresentados os entendimentos doutrinários sobre processo administrativo, e sem a pretensão de haver esgotado o tema, a seguir tratar-se-á dos princípios que o informam e fundamentam.

4.3. Princípios do Processo Administrativo

O processo administrativo, conquanto não produz a coisa julgada, para assegurar os direitos dos administrados e até mesmo do Estado, deve ser estribado nos princípios que norteiam a Administração Pública, quais sejam: o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência; bem como em princípios específicos, como: a ampla defesa e o contraditório.

Ensina Hely Lopes Meirelles¹¹⁸ que:

“O processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia de defesa.”

No mesmo sentido, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹⁹, que:

“Os processos administrativos ressentem-se, no Brasil, da falta de regras gerais que lhe dêem consistência e segurança. A atomização de princípios e de normas aplicáveis nas três ordens federativas só causa tumultos e indefinições que a ninguém aproveitam,

¹¹⁸ Direito Administrativo Brasileiro, p. 661.

¹¹⁹ Curso de Direito Administrativo, p. 442-443.

dificultando a plena observância da garantia constitucional do ‘devido processo legal’, nas hipóteses que envolvam a liberdade e os bens dos administrados (art. 5º, LIV). É preciso fazer coro, assim, com administrativistas, como, distinguidamente, A. B. Cotrim Neto, que advogaram com admirável empenho e persistência a adoção de uma processualística básica para todos os gêneros e órbitas da ação administrativa pública.”

Para Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹²⁰, os princípios norteadores do processo administrativo, são:

“(...) os da igualdade, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, informalidade, boa-fé, publicidade, oficialidade, verdade material e do duplo grau de jurisdição administrativa”.

Por sua vez, no âmbito infraconstitucional, a lei de processo administrativo federal elenca os mesmos princípios regentes do processo administrativo.¹²¹

4.4. Tipos de Processos Administrativos

A Constituição Federal, em seu art.5º, inciso LV, ao tratar do contraditório e da ampla defesa, toma a expressão *processo administrativo* em seu sentido amplo ou genérico. Com efeito, o processo administrativo

¹²⁰ Processo Administrativo, p. 53/89.

¹²¹ “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (art. 2º da Lei 9.784/99).

apresenta diversos tipos, dentre os quais, por representar o objeto desta dissertação, o processo administrativo disciplinar.

Discorrendo sobre o processo administrativo e suas espécies, Hely Lopes Meirelles¹²² chama a atenção para o seguinte:

“O processo administrativo é o gênero, que se reparte em várias espécies, dentre as mais freqüentes apresentam-se no processo disciplinar e no processo tributário ou fiscal. Entretanto, vem-se escrevendo e legislando sobre essas espécies como se elas constituíssem categorias autônomas, desvinculadas dos princípios gerais que regem o gênero administrativo. Essa visão isolada do ‘processo disciplinar e do tributário’ responde em boa parte pelas distorções de seus procedimentos, que ficam, assim, indevidamente afastados das regras superiores que devem nortear toda e qualquer conduta jurisdicional da Administração para a segurança de seus julgamentos e garantias dos direitos dos administrados. Já é tempo de inserirmos o processo disciplinar e o tributário no quadro geral dos processos administrativos, sujeitando-os aos seus princípios e ao tratamento doutrinário conveniente à correta sistematização dos respectivos procedimentos.”

Com base no disposto no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal e nas modalidades formuladas por Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes, Odete Medauar propõe a seguinte tipologia para os processos administrativos no direito pátrio:

¹²² Direito Administrativo Brasileiro, p. 660.

a) Processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses:

a1) Processos administrativos de gestão; exemplo: licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção.

a2) Processos administrativos de outorga; exemplo: licenciamentos de atividades e exercício de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos.

a3) Processos administrativos de verificação ou determinação; exemplos: prestação de contas.

a4) Processo administrativo de revisão; exemplo: recursos administrativos, reclamações, impugnação de lançamento.

b) Processos administrativos em que há acusados; tais processos denominam-se processos sancionadores ou punitivos;

b1) Internos – são os processos disciplinares em que são indiciados servidores, alunos de escolas públicas.

B2) Externos – que visam a apurar infrações, desatendimento de normas e a aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; exemplo: infrações decorrentes do poder de polícia, infrações relativas à administração fiscal, aplicação de penalidades a particulares que celebram contrato com a Administração, inclusive concessionários, apurações contra a ordem econômica (Lei 8.884/94, arts. 30-51).”

A identificação das várias espécies do processo administrativo tem pouca utilidade, haja vista que o regime jurídico do processo administrativo é o mesmo para os decorrentes do poder de polícia, do exercício de poder-dever disciplinar, e do processo fiscal, dentre outros.

Ademais, como é sabido, estende-se ao processo administrativo todos os princípios constitucionais que informam o processo judicial.

Entretanto, única e exclusivamente para fins de aplicação da legislação processual administrativa, justifica-se, a identificação do processo em : administrativo geral e administrativo especial. Denominar-se-á processo administrativo geral, o disciplinado nas leis processuais administrativas nºs 9.784/99 (federal) e 10.177/98 (estadual paulista), e de processo administrativo especial, o disciplinado em leis específicas, v.g. o processo administrativo disciplinar federal – Lei 8.112/90 , o processo administrativo disciplinar estadual de São Paulo – Lei. 10.261/68 e o processo administrativo fiscal federal – Decreto nº 70.235/72.

4.5. O Processo Administrativo Disciplinar

O Estado é dotado de poderes políticos, estruturais e orgânicos, que vêm enunciados no art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com a Administração Pública e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade.

Tais poderes encontram-se difundidos por toda a Administração Pública, e podem ser classificados em: (a) poder vinculado; (b) poder discricionário; (c) poder hierárquico; (d) poder disciplinar; (e) poder regulamentar; e (f) poder de polícia¹²³.

Em verdade, são instrumentos por meio dos quais a Administração Pública realiza suas atribuições.

Por outro lado, é com base em seu Poder Disciplinar que a Administração Pública instaura coercitivamente o Processo Administrativo Disciplinar, nos termos do disposto no art. 143 da Lei 8.112/90, *in verbis*:

¹²³ Numa síntese, seguindo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, tais poderes podem ser assim enunciados:

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda a organização administrativa.

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que possam integrar definitiva ou transitoriamente.

Poder regulamentar é a faculdade de que dispõe os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe de Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”

“A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado a ampla defesa.”

Consoante o citado artigo, a instauração do processo disciplinar tem para a autoridade a natureza de um poder-dever, posto que sua omissão em apurar as responsabilidades administrativas de um subordinado e/ou representar às autoridades administrativas superiores, em tese, tipifica o crime de condescendência criminosa, a teor do disposto no art. 320 do Código Penal: “deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar ao conhecimento da autoridade competente”.

De outra parte, o processo administrativo disciplinar, inserido no inciso II, do §1º, do art.41, da Constituição de 1988, como pressuposto inarredável para a perda de cargo público, constitui, ao lado da sindicância, uma das formas de apuração de infrações administrativas.

Nesse sentido, dois são os instrumentos a serem utilizados pela autoridade administrativa, para apuração dos fatos e da autoria das infrações administrativas: a sindicância e o processo administrativo disciplinar. A sindicância será utilizada quando os fatos chegados ao conhecimento da

autoridade administrativa não forem suficientes para a caracterização da infração administrativa e/ou a não identificação de seu autor. Por outro lado, se já caracterizada a infração e identificado o seu autor, somente poderá ser instaurada se a penalidade a ser aplicada, em tese, consistir em advertência e/ou suspensão de até 30 (trinta) dias. Já o processo administrativo disciplinar será instaurado necessariamente:

“Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou a destituição de cargo em comissão” (art. 146).

A instauração do processo administrativo disciplinar, como regra, ocorre de ofício. Poderá, também, ter início com base em representação do administrado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, *in verbis*:

“São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder...”

Com efeito, quando esse conhecimento vier por meio de uma denúncia, em face da *vedação constitucional do anonimato* ¹²⁴ (art. 5º, inciso IV, da CF), e em obediência ao disposto no art. 144, da Lei 8.112/90, somente

¹²⁴Art. 5º, inciso IV: *“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*.

serão objetos de averiguação pelas autoridades administrativas se houver identificação de seus autores. É o que exige o precitado dispositivo legal¹²⁵.

Além disso, conforme entendimento doutrinário, a denúncia dever ser documentada, para segurança da Administração Pública, a fim de evitar instauração de investigações temerárias e que tenham por desiderato desacreditar órgãos ou agentes públicos. Nesse sentido são as manifestações de Átila J. Gonzáles¹²⁶, *in verbis*:

“A autoridade que receber a notícia da ocorrência de fatos graves no âmbito da administração deverá exigir do denunciante documento escrito indicador dos referidos fatos, evitando, com isto, investigações pessoais às vezes temerárias e difíceis, muitas das quais só fazem indispor o chefe incauto com os pseudo-agentes da infração falsamente denunciada.”

“A negativa do delator em fornecer, em tais casos, o referido documento de denúncia, não autorizará, necessariamente, a autoridade a desconhecê-la liminarmente, mas deverá valer como um meio cautelar à sua ação com referência aos fatos temerosamente apontados.

Quanto às denúncias anônimas serão tidas como inexistentes. A sua aceitação, além de absolutamente temerária, consubstanciaria um ato ilegal, já que as normas constitucionais repudiam veementemente a ocorrência do anonimato”.

¹²⁵Lei 8.112/90, Art. 144: “As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.”

¹²⁶Apud Palhares Moreira Reis, Processo Disciplinar, p.78-79.

4.5.1. Conceito de processo administrativo disciplinar

Para Hely Lopes Meirelles¹²⁷:

“Processo administrativo disciplinar, também chamado impropriamente de inquérito administrativo, é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração.”

No mesmo sentido é o conceito dado ao processo administrativo disciplinar, por Diógenes Gasparini, que afirma¹²⁸:

“Pode ser conceituado como o instrumento formal, instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores.”

Por seu turno, o conceito legal de processo administrativo disciplinar vem inserido no art. 148, da Lei. 8112/90:

“O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”

Assim, pode-se afirmar que processo administrativo disciplinar é o conjunto de atos conexos, editados por uma comissão

¹²⁷ Direito Administrativo Brasileiro, p. 669.

¹²⁸ Direito Administrativo, p. 850.

constituída de três servidores públicos estáveis, designados para apurar as infrações administrativas cometidas pelos servidores públicos e agentes que, embora transitoriamente, exerçam uma função estatal, e propiciar a aplicação das sanções previstas em seu estatuto.

4.5.2. Princípios do processo administrativo disciplinar

Os princípios do processo administrativo disciplinar, até o advento da lei federal de processo administrativo, eram apresentados pela doutrina de acordo com a visão de cada autor, havendo, no entanto, consenso quanto ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Como já consignado anteriormente, o processo administrativo disciplinar ou simplesmente processo disciplinar é uma das espécies do processo administrativo, sendo-lhe aplicado, portanto, todos os princípios que regem o processo administrativo.

Em reforço ao já consignado, merecem ser trazidos à colação, os ensinamentos dos seguintes autores: Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar.

Celso Antônio Bandeira de Mello ¹²⁹ identifica os seguintes princípios de observância obrigatória: (I) princípio da audiência do interessado; (II) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da motivação; (V) princípio de revisibilidade; (VI) princípio da representação e assessoramento; (VII) princípio da lealdade e boa-fé; (VIII) princípio da verdade material; (XIX) princípio da oficialidade; (X) princípio da gratuidade e (XI) princípio do informalismo.

Odete Medauar ¹³⁰ afirma que:

“Na doutrina, o rol dos princípios do processo administrativo varia de autor para autor, segundo as concepções de cada um e o teor do direito legislado do respectivo país. Especificamente para o processo administrativo a Constituição prevê o princípio do contraditório e da ampla defesa. Os demais decorrem de formulação doutrinária, jurisprudencial e legal.”

Portanto, a imprescindibilidade da observância no processo administrativo disciplinar dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

¹²⁹ Curso de Direito Administrativo, p. 461-462.

¹³⁰ Após, cita os seguintes princípios: do contraditório, da ampla defesa, da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado (Direito Administrativo Moderno, p. 184/188).

4.5.3. As fases do processo administrativo disciplinar

No âmbito da Administração Pública Federal, o processo administrativo disciplinar vem disciplinado na Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais).

De acordo com o disposto no art. 151, da Lei 8.112/90, três são as fases do processo administrativo disciplinar, a saber: I – instauração; II – inquérito administrativo; III – julgamento ¹³¹.

Posto isso, é de rigor tratar da observância do contraditório e da ampla defesa na instrução, na defesa e no relatório do processo administrativo disciplinar.

¹³¹ A *instauração* é fase inaugural do processo administrativo disciplinar, iniciada com a edição de Portaria da autoridade administrativa competente, nos termos da Lei 8.112/90.
O *inquérito administrativo* - que compreende três subfases: a instrução, a defesa e o relatório, respectivamente.
O *relatório* que é a síntese do apurado no processo, e que deverá ser assinado por todos os membros da comissão processante, e ulteriormente remetido à autoridade que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar.

4.5.4 A instrução e o contraditório

Como já mencionado, o direito do contraditório e da ampla defesa inseridos no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, estende-se aos servidores públicos objeto de investigação em processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, a partir da instauração do processo administrativo, para que o servidor possa efetivamente exercer seu direito constitucional, deve o mesmo ter ciência e, querendo, participar pessoalmente, ou por meio de procurador, “arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial (art. 156 da Lei 8.112/90).

Contrariamente ao que ocorria na vigência da Lei 1711/52 (antigo Estatuto dos Servidores Públicos Federais), quando o servidor ingressava nos autos para apresentar sua defesa, após a instrução; com a nova determinação constitucional, a instrução deve ser contraditória, sob pena de nulidade do processo disciplinar.

A observância pela comissão processante do contraditório e da ampla defesa decorre também do atendimento dos princípios

constitucionais da isonomia e da legalidade, inseridos nos arts. 5º e 37, da Constituição Federal.

Além disso, é a orientação da Advocacia Geral da União¹³²

– às autoridades administrativas Federais:

“Compreende o contraditório a faculdade que se confere ao acusado, ‘ex vi’ do supramencionado art. 156, para acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

Ainda, sobre a incidência do contraditório na instrução, merecem ser trazidos à colação, alguns dispositivos da Lei 8.112/90, *in verbis*:

“Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

“Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

§1º- No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

¹³² Boletim de Direito Administrativo, p. 593.

§2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.”

Pode-se afirmar, portanto, que a instrução do processo judicial ou do processo administrativo, é de suma importância para as partes, notadamente nesse último, pela identificação da infração, da autoria, bem como pela produção das provas que servirão de base para o convencimento da autoridade administrativa julgadora.

Não resta dúvida, pois, da obrigatoriedade do contraditório, na instrução do processo administrativo disciplinar.

4.5.5. A Defesa e o contraditório

Ultimada a instrução e comprovadas a existência da infração administrativa e sua autoria, o servidor, até então investigado, passará à condição de indiciado – sendo, portanto, citado para apresentar defesa da acusação que lhe é imputada, a teor do disposto no § 1º, do art.161, da Lei 8.112/90, *in verbis*:

§1º - O indiciado será citado por mandado expedido pelo Presidente da Comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.”

Segundo se depreende do dispositivo legal supra, a citação é pressuposto indispensável para assegurar-se o direito de contrariedade do servidor indiciado em processo administrativo disciplinar.

Discorrendo sobre citação no processo penal, Ada Pellegrini Grinover¹³³ observa:

“A citação constitui seguramente o mais importante ato de comunicação processual, especialmente em sede penal, pois visa levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe foi formulada, bem como a data e local em que deve comparecer para ser interrogado, propiciando, assim, as informações indispensáveis à preparação da defesa.”

Ademais, segundo a mesma autora¹³⁴:

“Como já se firmou na jurisprudência, ‘a citação é o canal de comunicação aberto pelo Estado-juiz em direção ao acusado para noticiá-lo da existência de uma imputação e convocá-lo a contrariá-la. Tal comunicação, que se traduz num dos enfoques do princípio constitucional do contraditório, deve ser efetiva, inquestionável, indubitosa. Por isso, está cercada de formalidades que não podem ser postergadas. A comunicação falha, deficiente, bloqueada, corresponde à falta de comunicação e vicia de modo incurável o processo’ (TACrimSP, HC 119.796, RT 578/364).”

¹³³ As nulidades no Processo Penal, p. 101.

¹³⁴ Ibid., p.101-102.

No processo administrativo disciplinar, guardada as devidas proporções, a citação tem a mesma finalidade. Ou seja, levar ao conhecimento do servidor as imputações que lhe estão sendo feitas, as respectivas provas, assinalando prazo para que o mesmo apresente sua Defesa, por escrito.

No tocante à defesa, trata-se de um direito constitucional, inserido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Para Jose Cretella Jr¹³⁵:

“Defesa é o conjunto de argumentos que o indiciado reúne a seu favor, complementados por documentos e testemunhas. Tem para isso determinado prazo fixado no Estatuto; havendo dois ou mais indiciados, esse prazo será comum em dobro.”

Por outro lado, a defesa será estribada nos fatos que forem imputados ao servidor público, e que vêm descritos pormenorizadamente no Termo de Indiciamento. Qualquer irregularidade decorrente do seu indiciamento e que lhe impeça a defesa, ensejará a nulidade do processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa.

¹³⁵ Prática do Processo Administrativo, p. 69-70.

Nesse sentido é a orientação da Advocacia Geral da União¹³⁶, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar:

“(...)135. A indicição, relacionando as provas contra o indiciado, delimita processualmente a acusação, não permitindo que posteriormente, no relatório ou no julgamento, sejam considerados fatos nela não discriminados.

135.1 – A indicição, além de tipificar a infração disciplinar, indicando os dispositivos legais infringidos, deverá especificar os fatos imputados ao servidor e as respectivas provas, com indicação das folhas do processo onde se encontram (Lei 8112/90, art. 161 e CPP arts. 41 e 408, § 1º)”

Portanto, havendo citação válida do servidor, isto é, a faculdade do mesmo contestar as imputações que lhe foram feitas, de produzir provas e de contraprovas e de realização de perícias, estará assegurado o direito do contraditório.

4.5.6. Relatório e contraditório

Recebida a Defesa escrita, a comissão Processante reunir-se-á para a elaboração do Relatório, que será uma síntese do apurado, consoante ensina Hely Lopes Meirelles¹³⁷, *in verbis*:

¹³⁶ De acordo com o art. 131 da Constituição Federal: “A Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

¹³⁷ Direito Administrativo Brasileiro, p. 665.

“(...) o relatório é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente ou pela comissão processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para a decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamente sua decisão em elementos existentes no processo ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada.”

Na elaboração do texto do relatório, deve a comissão levar em conta a indicição e a defesa apresentada. Por consequência, indicar o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Posteriormente, o processo disciplinar será remetido à autoridade que determinou a instauração para julgamento.

Não obstante a remessa dos autos à autoridade superior, para julgamento sem as alegações finais do servidor indiciado, o direito do contraditório deve lhe ser assegurado, também, no relatório da comissão processante.

Tal entendimento decorre do disposto no inciso III, do art. 3º, da Lei 9.784/99, aplicado subsidiariamente:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

.....
III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.”

Como é sabido, o julgamento é a última fase do processo administrativo disciplinar. Portanto, *ex vi* do mencionado dispositivo legal, deve ser facultada ao servidor a apresentação de suas alegações finais e, por consequência, assegurar o direito do contraditório.

4.5.7. Da ampla defesa na instrução, na defesa e no relatório

Os princípios do contraditório e da ampla defesa vêm disciplinados conjuntamente no inciso LV, da Constituição Federal. Apesar de tratar-se de princípios distintos, pode-se afirmar que o contraditório está contido na ampla defesa, destarte, assegurada esta, estar-se-á assegurando aquele.

Com efeito, a ampla defesa restará assegurada com conhecimento do servidor da instauração de um processo administrativo disciplinar em seu desfavor, e a possibilidade de o mesmo elidir as imputações que lhe forem feitas, pela produção de provas, contraprovas, solicitação de diligências, perícias, enfim, quando puder produzir todo o tipo de prova em direito admitida, a fim de contraditar em toda a sua inteireza as acusações e provas apresentadas pela comissão processante.

Decorre também da garantia da ampla defesa a indicação de um defensor dativo, sempre que o indiciado não quiser se encarregar de sua defesa, ou não tiver condições para constituir advogado. Em ocorrendo tal hipótese, o mesmo será declarado revel, a teor do disposto nos §1º e §2º, do art. 164, da Lei 8.112/90, *in verbis*:

“Art.164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.”

Deve ser frisado que, segundo o disposto no §2º, da Lei 8.112/90, o defensor dativo não precisa ser advogado:

“Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.”

Não obstante a previsão legal, em ocorrendo revelia do servidor, a ampla defesa somente estará assegurada se o mesmo for defendido por um advogado, a ser nomeado nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXXIV, c.c. o art. 134, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

.....
Art.134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Assim, a ampla defesa estará assegurada com a produção de todo tipo de prova pelo indiciado, e em sendo revel, com a nomeação de um advogado para realizar sua defesa.

5. A SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica sempre esteve presente implicitamente nas Constituições Brasileiras. Numa síntese, o instituto em comento, era disciplinado da forma seguinte:

Constituição de 1824 : “Art.179 – A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.”

Constituição de 1891: “Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes.”

Constituição de 1934: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”

Constituição de 1937- promulgada durante o Estado Novo, não dispôs sobre direitos fundamentais.

Constituição de 1946: “Art. 141- A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”

Constituição de 1967: “Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Constituição de 1967 (com redação EC 1/69): “Art. 153 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Na Constituição Federal de 1988, a segurança jurídica ganhou mais destaques, notadamente por se tratar de uma Carta que se caracteriza pela defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A Constituição Federal traduz a segurança jurídica sob três aspectos: como princípio, como valor e como direito fundamental, faces diferentes da mesma realidade.¹³⁸

A segurança jurídica, como princípio, decorre da interpretação do Texto Constitucional. Nesse sentido, podem ser citados os princípios da irretroatividade da lei (art. 5º, inciso XXXVI); do devido processo legal (art.5º, inciso,LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

¹³⁸ Segundo preleciona Carlos Aurélio Mota de Souza, Segurança Jurídica e Jurisprudência, p. 81.

De outra parte, com o sentido de *valor*, a segurança jurídica vem tratada no preâmbulo da Constituição Federal, consoante o compromisso assumido pelos Constituintes, o

“(...) de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”

No sentido de *direito fundamental*, a segurança jurídica vem disciplinada no art. 5º, da Constituição Federal:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Por seu turno, no âmbito infraconstitucional, a segurança jurídica é tratada expressamente como um *princípio*, consoante, v.g. o disciplinado na Lei 9.784/99 – que regula o processo administrativo federal, e na Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e dação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (Lei 9.784/99)”

“Art. 12 – Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação (Lei 9.868/99)”.

5.1. Conceito de Segurança Jurídica

J.J. Gomes Canotilho ¹³⁹, discorrendo sobre o princípio geral da segurança jurídica, afirma:

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.”

A segurança jurídica e a proteção da confiança são institutos distintos. Nesse sentido, observa o mesmo Canotilho ¹⁴⁰:

¹³⁹ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 250.

¹⁴⁰ Ibid., mesma página.

*“Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a ‘segurança jurídica’ está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.”*

Por fim, apresenta uma definição em sentido amplo, do princípio da segurança jurídica:

“O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas. A refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes(1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente

protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos” ¹⁴¹.

Jose Afonso da Silva ¹⁴², adotando definição de Jorge Reinaldo Vanossi, afirma que *a Segurança Jurídica* consiste no

“(...) conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Observa Izaías Dantas Freitas ¹⁴³ :

“O princípio da segurança jurídica está situado entre as garantias fundamentais do Estado de Direito, e pode ser definido como a certeza que é dada aos cidadãos de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais ou por causa da conveniência política do momento. Inúmeros outros princípios expressamente previstos no nosso sistema legal são, na verdade, corolários desse princípio maior. É o caso do princípio da irretroatividade da lei, regra segundo a qual a lei é feita para o futuro, e não para reger situações pretéritas.”

¹⁴¹ Ibid., p. 250.

¹⁴² Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 431.

¹⁴³ <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34.htm>, publicado originalmente no Correio Brasiliense, edição de 03/09/2001.

5.2. Segurança Jurídica e Certeza do Direito

As expressões *segurança* e *certeza* podem ser tomadas como sinônima ¹⁴⁴. Não obstante isso, trata-se de institutos diferentes.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza:

“Nas várias doutrinas há uma mescla no significado dessas expressões: quando falam segurança, querem dizer certeza, quando falam certeza, como ‘certezza del diritto’ entre os italianos, dizem também segurança. Por questão metodológica, impõe-se separar estes conceitos, para clarificar seus dois sentidos.” ¹⁴⁵

Ademais, o citado autor afirma que ¹⁴⁶:

“A segurança vem das leis firmes que o Estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade; e a certeza do sujeito advém do conhecimento dessas leis, da valoração de seu conteúdo (compreende que é um bem para si e os demais; ‘fazer o bem, evitar o mal’ é o conteúdo da previsibilidade do ‘homo medius’, razoável, comum).”

¹⁴⁴ Segundo Aurélio Buarque de Holanda: “S.F. 1 Ato ou efeito de segurar. 2 Estado, qualidade ou condição de seguro. 3. Condição daquele ou daquilo em que se pode confiar. 4. Certeza, firmeza, convicção. 5. Confiança em si mesmo; autoconfiança. 6. Caução, garantia; seguro.”

¹⁴⁵ Segurança Jurídica e Jurisprudência, p.81.

¹⁴⁶ Ibid., p. 26.

No mesmo sentido, observa Gomes Canotilho¹⁴⁷:

*“Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conxionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.”*

5.3. Segurança Jurídica e Processo Administrativo Disciplinar

Como já mencionado, o princípio da segurança jurídica tem vinculação com os princípios constitucionais inseridos no art. 5º e incisos da Constituição Federal, dentre os quais, o do devido processo legal, o do contraditório e da ampla defesa; princípios esses que efetivamente lhe dão garantia.

Foi visto também que o processo administrativo disciplinar é regido pelos princípios que informam a Administração Pública e, especificamente, pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

¹⁴⁷ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 250.

É nesse contexto, portanto, que ocorre a conexão da segurança jurídica com o processo administrativo disciplinar. Donde pode se concluir que somente haverá segurança jurídica para o investigado ou indiciado, se a Administração Pública, no exercício de seu poder disciplinar, não se olvidar do princípio da legalidade, respeitar as leis que regulam a apuração das infrações administrativas e que dispõem das penalidades aplicáveis – não lançando mão de casuísmos como o da *verdade sabida*. Enfim, somente haverá segurança jurídica quando nas decisões tomadas pela Administração Pública, no processo administrativo disciplinar, assegurar ao servidor ou ao agente público objeto de investigação, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao devido processo legal, estará ele assegurado com a observância, pela Comissão Processante e pelas autoridades administrativas superiores de todos os procedimentos estabelecidos na lei de regência do processo administrativo disciplinar ¹⁴⁸. Ou seja, deverão notificar o investigado da instauração do processo disciplinar e do direito de acompanhá-lo pessoalmente ou por procurador; garantir-lhe o direito do contraditório e da ampla defesa; citar o indiciado para apresentar defesa por escrito e, finalmente,

¹⁴⁸ No âmbito Federal o processo administrativo disciplinar vem regulado no art.148 e seguintes da Lei 8.112/90 – Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

assegurar-lhe o direito à interposição de recurso da decisão administrativa e/ou revisão do processo disciplinar.

No tocante ao *contraditório*, o mesmo estará assegurado com a igualdade de tratamento das partes (servidor e Administração Pública). Por outras palavras, a toda manifestação da Administração Pública por meio da Comissão Processante assistirá igual direito ao servidor investigado ou indiciado. Exige, também, o contraditório,

*“(...) que as partes sejam avisadas com a necessária antecedência, da data e do lugar da prova ou diligência; sejam reveladas a natureza e a finalidade da prova; admitida a presença do acusado e do acusado; que se lhe faculte provoquem a atenção do juiz para certos aspectos ou particularidades da prova”.*¹⁴⁹

No que concerne à *ampla defesa*, ela estará assegurada quando o investigado ou indiciado puder

“(...) contra-argumentar e produzir todos os tipos de prova em direito permitidos, de modo a buscar provar a inocência ante as acusações que lhe são imputadas. Já se entendeu o Pretório Excelso que ‘todo empecilho à produção de qualquer prova é cerceamento do direito de defesa’. A ampla defesa no processo administrativo se caracteriza: I – pela possibilidade de participação do acusado no acompanhamento do processo, desde o seu início; II – pela produção de qualquer prova documental,

¹⁴⁹ Wolgram Ferreira *apud* Antônio Carlos Palhares Moreira Reis. *Processo Disciplinar*, p. 123.

*apresentação, inquirição e acareação de testemunhas, realização de perícias e, por outro lado, recusa à admissão de provas consideradas inadequadas ou obtidas de modo irregular; III – pelo direito que tem de, mesmo terminada a instrução, poder requerer diligências reputadas indispensáveis.”*¹⁵⁰

Por derradeiro, o direito de defesa somente será amplo quando assegurado ao servidor recorrer de sua punição e/ou interpor pedido de revisão do processo administrativo disciplinar.

Portanto, o princípio da segurança jurídica vincula-se a outros princípios inseridos no art. 5º, da Constituição Federal, como, v.g., o do contraditório e da ampla defesa (inciso LV), e o da proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (inciso XXXVI). Ademais, vincula-se, também, ao princípio da legalidade (art. 37 *caput* da Constituição Federal).

Tal princípio é pressuposto de existência do Estado de Direito. A insegurança das relações jurídicas do Estado com seus servidores e/ou administrados é incompatível com o Estado de Direito. Com efeito, não pode haver surpresa quanto à autuação do Estado, nem tampouco desconhecimento do direito a ser aplicado.

¹⁵⁰ Antônio Carlos Palhares Moreira Reis. *Processo Disciplinar* p.124.

Nesse contexto, especificamente, no exercício de seu poder-dever disciplinar, na investigação das infrações administrativas cometidas por seus servidores, impõe-se ao Estado assegurar-lhes o direito do contraditório e da ampla defesa, posto que somente assim haverá segurança jurídica.

CONCLUSÕES

Os princípios constitucionais são as vigas-mestras ou baldrames de um ordenamento jurídico que, em face da sua alta abstratividade e de veicularem valores, permeiam todo o sistema jurídico.

Eles têm função relevantíssima de funcionar como critério de interpretação das demais normas não principiológicas, assegurando, assim, que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática.

Ademais, como regra, os princípios vêm de forma expressa no texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, contrariamente às anteriores, prevê, de forma expressa, o princípio do devido processo legal, ao dispor que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV)”. Trata do princípio da segurança jurídica, em seu preâmbulo e em seu art. 5º, ao aduzir que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...”

Ela cuida, também, dos princípios do contraditório e da ampla defesa ao afirmar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Art. 5º, inciso LV).”

Inova, outrossim, ao dar tratamento constitucional à Administração Pública, dispondo sobre seus princípios norteadores: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por consequência, ela deve pautar sua atuação na fiel observância dos mencionados princípios, bem como aos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e da segurança jurídica.

Por seu turno, o processo administrativo é o instrumento por meio do qual a Administração Pública decide o pleito dos administrados e de seus servidores.

Não há um Código de Processo Administrativo. No âmbito das Administrações Públicas do Estado de São Paulo e Federal, ele é regulado pelas leis 10.177/98 e 9.784/99, respectivamente.

A apuração das infrações cometidas pelos servidores públicos, no exercício de suas atribuições, dá-se por meio do processo administrativo disciplinar, regulamentado no Estatuto dos Servidores Públicos.¹⁵¹

O processo administrativo disciplinar obedece aos mesmos princípios da Administração Pública e, mais especificamente, aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da segurança jurídica.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica são assegurados pelas Comissões Processantes, na condução do processo administrativo disciplinar. O contraditório é assegurado com a igualdade de tratamento das partes (Servidor e Comissão Processante). A toda manifestação da Administração Pública – por meio da Comissão Processante, assiste igual direito ao servidor investigado ou indiciado, de produzir provas ou contraprovas, dentre outros.

A ampla defesa é assegurada com a faculdade do servidor investigado ou indiciado, de contra-argumentar e produzir todos os tipos de provas em direito admitidas, a fim de provar sua inocência ante as acusações que lhe

¹⁵¹ No âmbito federal, pela Lei 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas.

foram imputadas. E, uma vez condenado administrativamente, recorrer de sua punição e/ou interpor pedido de revisão do processo administrativo disciplinar.

Finalmente, a segurança jurídica é assegurada com a atuação da Administração Pública pautada no princípio da legalidade, com respeito às leis que regulam a apuração das infrações administrativas e que dispõem das penalidades aplicáveis – não lançando mão de casuísmos como o da *verdade sabida*. Enfim, por decisões proferidas nos autos do processo administrativo disciplinar, com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Anselmo Prieto e NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA Anotada*. São Paulo: LTr, 2001.

ALVES, Léo da Silva. *Prática de Processo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Hermenêutica*. 3. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Vadi Lammego. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed., Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6^a.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, José Armando da. *Controle do Ato Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CRETELLA JR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Discrecionalidades Administrativas na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º v., São Paulo: Saraiva, 1989

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União*. São Paulo: Edipro, 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva, 1975.

FREITAS, Izaías Dantas In: <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34.htm>, publicado originalmente no Correio Brasiliense, edição de 03/09/2001. Acesso em 17/02/2005.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1º v., 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed., Revista dos Tribunais, 1998

HAGA, Elder. *As Medidas Provisórias e o Princípio da Segurança Jurídica*. Dissertação de Mestrado em Direito, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 7. ed., São Paulo: Método, 2004.

LESSA, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância*. 3. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Compêndio de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, José Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. IV, Rio de Janeiro: Boffoni, 1947.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo III (arts. 32-117), 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Reforma Administrativa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOTA, Leda Pereira e Sptizcovsky. *Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Terra, 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Prática de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido Processo Legal*. Curitiba: Juruá, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Improbidade Administrativa*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma Administrativa, Estado, o Serviço Público e o Servidor*. Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira Pires. *O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo*. Dissertação de Mestrado em Direito, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

PRADO, José Maria Simões de Almeida. *O Princípio da Segurança Jurídica e a Tributação*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. *Princípios Constitucionais do Processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. *Processo Disciplinar*. 2. ed., Brasília: Consulex, 1999.

- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público nas Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SAMPAIO DORIA, A . de. *Princípios Constitucionales*. São Paulo: S. Paulo, 1926.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. I e II, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, Edson Jacinto da. *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar*. Leme, São Paulo: Editora de Direito, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.
- SLABI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Servidores Públicos, Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: 2ª Quinzena de Dezembro/98.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1976.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

Boletim de Direito Administrativo nº 8

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 7

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 17

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 22

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 39

Cadernos MARE da Reforma do Estado nº 6.

Cadernos MARE da Reforma do Estado nº 12.

Cadernos de Soluções Constitucionais nº 1

Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Advocacia Geral da União.

Revista de Direito Administrativo nº 227.

Revista de Direito Administrativo nº 233.

Revista de Direito Administrativo nº 235.

Revista de Direito Administrativo nº 237.

Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 39.

Revista de Estudos Tributários nº 6.

Revista de Informação Legislativa nº 53, ano 14.

Revista de Informação Legislativa nº 96, ano 24

Revista de Informação Legislativa nº 136, ano 34.

Revista de Informação Legislativa nº 155, ano 39